

AJES - FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

RODOLFO GABRIEL RAFAELI SILVA

DA COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO

Juína-MT

2018

AJES - FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

RODOLFO GABRIEL RAFAELI SILVA

DA COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Mestre Givago Dias Mendes

Juína- MT

2018

AJES - FACULDADE DO VALE DO JURUENA

DIREITO

Linha de Pesquisa: Bibliográfica

SILVA, Rodolfo Gabriel Rafaeli. **DA COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES - Faculdade do Vale Do Juruena, Juína-MT, 2018.

Data da defesa: 04 de Julho de 2018

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Givago Dias Mendes

FACULDADE DO VALE DO JURUENA.

Membro Titular: Professor Mestre Francisco Leite Cabral

FACULDADE DO VALE DO JURUENA.

Membro Titular: Professor Mestre Luís Fernando Moraes de Mello

FACULDADE DO VALE DO JURUENA.

Local: Associação Juinense de Ensino Superior

AJES – Instituto Superior de Educação do Vale do Juruena

AJES – Unidade Sede, Juína-MT

DECLARAÇÃO DE AUTOR

Eu, Rodolfo Gabriel Rafaeli Silva, portador da Cédula de Identidade – RG nº 2012897-5, e inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF sob nº 051.604.531-80, DECLARO e AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica, didática ou técnico-científica, que este Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado DA COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO, pode ser parcialmente utilizado, desde que se faça referência à fonte e ao autor. Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e ao autor.

Juína-MT, 10 de Julho de 2018.

Rodolfo Gabriel Rafaeli Silva

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar, dentro do campo da responsabilidade civil do Direito de Família, o dano moral por abandono afetivo dos pais e sua eficácia prática. O trabalho faz uma análise do instituto do dano moral e, posteriormente, sobre o abandono afetivo, para depois, relacionando-os, chegar a uma conclusão sobre se o segundo gera o primeiro. O objetivo é contribuir para uma melhor solução jurídica para responder aquele velho debate discutido na doutrina civilística entre o dano moral e o abandono afetivo.

O tema foi trabalhado por vários motivos. Primeiro que é um assunto muito corriqueiro nas varas estaduais do judiciário brasileiro, envolve duas disciplinas do Direito Civil, a da Responsabilidade Civil e do Direito de Família. Outro ponto é que este tema do dano moral por abandono afetivo parece ser uma ponto cinzento na doutrina, porque não há consenso, são muito divergentes as opiniões daqueles que entendam ser cabível para os que entendem que não. O tema foi analisado sob duas abordagens. O objetivo principal é trabalhar com eventuais efeitos práticos de se sua condenação, propondo inclusive meios alternativos para solucionar a lide, mas também sem deixar de analisar sobre sua incidência, ou seja, sobre a geração ou não do referido abalo moral.

Para trabalhar o assunto fora feito tão somente pesquisas bibliográficas. Foi muito utilizado as decisões dos Tribunais Superiores, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, porque em matéria Cível é esse quem geralmente dá a última palavra na interpretação de leis federais, principalmente civil. A conclusão que se teve é que não há uma resposta certa para a caracterização de dano moral por abandono afetivo, porque tudo dependerá do ângulo que a omissão dos pais será analisada, se for omissão espiritual, a conclusão pode ser uma, se for uma omissão de obrigações de cunho objetivo, a conclusão é outra; e, mesmo assim, ainda é um pouco trucado conseguir uma conclusão exata, porque ainda influenciará a situação do caso concreto. Outra conclusão alcançada é que parece a mediação familiar ser o melhor mecanismo para resolver o problema, até porque sua causa são situações emocionais e sentimentais, objetos esses bem tratados pela mediação.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Direto de Família. Abandono Afetivo. Dano Moral. Mediação Familiar

ABSTRACT

The present work aims to approach, within the field of civil responsibility of Family Law, the moral damage by affective abandonment of the parents and their practical effectiveness. The work makes an analysis of the institute of the moral damage and later on the affective abandonment, for later, relating them, to arrive at a conclusion on if the second generates the first one. It is not only to analyze whether affective abandonment generates moral damage, but also to analyze whether its incidence can produce satisfactory practical effects. Finally, the objective is to contribute to a better legal solution to answer that old debate discussed in the civilian doctrine between moral damage and affective abandonment. The theme was worked on for several reasons. First, it is a very common subject in the state courts of the Brazilian judiciary, involving two disciplines of civil law, Civil Liability and Family Law. Another point is that this theme of moral damage by affective abandonment seems to be a gray spot in doctrine because there is no consensus, the opinions of those who understand it is very divergent for those who do not. In fact the institute of moral damage itself is of very subjective interpretation, being that the injured person will always try to defend their interests saying that such a general moral damage act. The theme was analyzed under two approaches. The main objective is to work with possible practical effects of its condemnation, proposing alternative means to solve the dispute, but also analyzing its incidence, that is, the generation or not of the referred moral shock. And to cast off still proposes a solution to the cause, at the end of the last chapter: family mediation. Only bibliographical research had been done to deal with the subject. The decisions of the Superior Courts, especially of the Superior Court of Justice, have been widely used, because in Civil matters it is the one that usually "gives the final letters". The study also used handbooks of renowned professors and even doctoral theses, more specifically (the latter) on affection. The conclusion we have is that there is no right answer for the characterization of affective abandonment by moral damage, because everything will depend on the angle that the parents' omission will be analyzed, if it is a spiritual omission, the conclusion may be one, if it is an omission of more objective obligations, the conclusion is another; and even so it is still a little tricky to get an exact conclusion, because it will still influence the situation of the concrete case. Another conclusion reached is that family mediation seems to be the best mechanism to solve the problem, even because its cause is emotional and sentimental situations, objects well treated by mediation; it does not only work with the conflict, but with the feelings of those involved. The outcome of this work will contribute to possible research, since no "yes" or "no" answer was given to the problem of the theme.

Keyword: Civil Liability; Direct of Family; Affective Abandonment; Moral damage. Family Mediation;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DAS NOÇÕES GERAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA.....	8
1.1 DO CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA.....	8
1.2 DA NATUREZA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
1.3 DO DIREITO DE FAMÍLIA CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO	10
1.3.1 DO DIREITO DE FAMÍLIA CLÁSSICO	11
1.3.2 DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO	14
1.4 DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	15
1.5 DO AFETO	17
1.5.1 DA IMPORTÂNCIA DE UMA BOA REALAÇÃO AFETIVA ENTRE PAIS E FILHOS	18
1.5.2 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	20
1.5.3 DA DIFERENÇA ENTRE O AFETO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	22
1.5.4 DA AFETIVIDADE COMO UM ELEMENTO PARA AFIRMAR QUE A FAMÍLIA É MAIS UM FATOR CULTURAL DO QUE BIOLÓGICO	24
1.5.5 DA SUA NATUREZA JURÍDICA, POSTULADO OU PRINCÍPIO?.....	27
1.5.6 RELEVÂNCIA JURÍDICA DO AFETO	31
1.5.7 O AFETO E A VIDA PRIVADA	31
1.5.8 DA IMPORTÂNCIA E EFEITOS JURÍDICOS QUE O AFETO PRODUZ NO DIREITO DE FAMÍLIA	32
1.5.9 INSTITUIÇÃO DE NOVAS MODALIDADES FAMILIARES	37
1.5.10 DE MAIS REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DE UMA ENTIDADE FAMILIAR, ALÉM DO AFETO	39
1.5.11 INFLUÊNCIAS DO AFETO QUANDO DA COLOCAÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES PARA COM TERCEIROS	40
2. DO ATO ILÍCITO E RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	42
2.1 DO ATO ILÍCITO.....	42
2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL.....	43
2.2.1 DO CONCEITO E DO SEU FUNDAMENTO.....	43
2.2.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	44
2.2.3 DA SUA BASE LEGAL	45
2.2.4 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	47
2.3 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO COMETIMENTO DO ATO ILÍCITO	56

2.4 DO DANO MORAL.....	59
2.4.2 RECONHECIMENTO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	61
2.4.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DANO MORAL	63
2.4.3 CRÍTICAS SOBRE A EFETIVIDADE DO USO DO DANO MORAL COMO MEIO COMPENSADOR.....	65
3. DO ABANDONO AFETIVO	74
3.1 DO ABANDONO AFETIVO E CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL	76
3.2 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE SUA CARACTERIZAÇÃO	79
3.3 DA EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA COMO INSTRUMENTO DE COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PARA COM SEUS FILHOS	81
3.4 DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO MAIS EFETIVO PARA TRABALHAR COM ABANDONO AFETIVO	83
3.4.1 DOS CONCEITOS, DIFERENÇAS E NOÇÕES GERAIS	84
3.4.2 DE SUA IMPORTÂNCIA PARA O LITÍGIO DO ABANDONO AFETIVO	86
3.5 DO ESCOPO SOCIAL DA JURISDIÇÃO	94
CONCLUSÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS.....	100

INTRODUÇÃO

Muito se discute se o afeto dos pais é ou não um bem jurídico exigível. Há posicionamentos na doutrina em ambos os sentidos. Muitas pessoas vêem uma lógica em condenar os genitores, pelo fundamento de ser uma conduta ilícita, já que o Código Civil e a Constituição Federal exigem que eles reservem dedicação e cuidado com os filhos.

O STJ já enfrentou o tema algumas vezes, porém com muita cautela, por ser um assunto sensível, decidindo que em certas ocasiões há sim que condenar, mas com a ressalva de que nem todo e qualquer abandono gera um dano passível de ser indenizado. Se o Superior Tribunal de Justiça entendesse que a falta de afeto, pura e simples, gerasse uma responsabilidade civil, isso causaria um grande problema, pois daria a oportunidade de muitos casos demandarem no Poder Judiciário com intuito de obter uma condenação pecuniária sem qualquer fundamento, o que poderia colocar em sacrifício os princípios da causalidade, do não enriquecimento ilícito e dentre outros; pois muitas crianças e adolescentes já passaram e ou passam por tal situação, daí a necessidade de ter muita prudência ao analisar este tema.

Se um pai é realmente condenado a pagar o valor a título de responsabilidade civil, devemos questionar como que ficará a relação deles para com filhos daí por diante, se eles irão ou não rever seus comportamentos, e de que modo.

Antes do Direito (seja de qualquer ramo - o civil, criminal, administrativo e etc.) cominar uma penalidade a alguém, deve-se ter certeza de que a sanção assegurará os efeitos teleológicos que a norma espera. No direito penal, *v.g.*, há grande debate que questiona se a criação de novos tipos penais teria o condão de reduzir ou não a criminalidade. É com questionamentos parecidos que chegaremos a alguma conclusão sobre a eficácia de uma condenação pecuniária no âmbito do direito civil.

Para desenvolver as ideias, os capítulos do trabalho foram assim distribuídos. No primeiro analisa-se como o direito trabalha com a família, seus princípios, a sua relação para com o Estado, a evolução, dentre outros pontos. Isso serve para dar uma base ao leitor, de forma sucinta para melhor compreender as demais partes.

Também é estudada no primeiro capítulo a questão do afeto. É difícil conceituá-lo e tratar objetivamente dele, todavia neste trabalho se traz elementos mínimos sobre sua constituição e característica além de uma pequena abordagem conceitual.

Na segunda parte abordaremos a responsabilidade civil com mais ênfase no direito de família. Dentre todos os institutos da responsabilidade civil, foi mais abordado o aspecto do dano moral, isso porque o objeto deste trabalho tem a ver com a relação do abandono afetivo para com o dano moral. Para isso analisa-se o seu conceito, quando que o mesmo é caracterizado, dentre outros pontos.

Na terceira e última parte abordaremos a repercussão jurídica do abandono afetivo, mais precisamente sobre sua caracterização em dano moral. Na mesma ordem, é analisada a eficácia de uma eventual compensação em danos morais. Logo em seguida, são propostas algumas críticas e ainda soluções diversas para conseguir resolver o problema, como a audiência de conciliação e mediação. Sustenta na última parte que a mediação familiar é o melhor caminho para resolver a questão do abandono afetivo.

Enfim, o trabalho busca abrir várias indagações com suas possíveis respostas, mas nem todos os pontos consegue-se chegar a uma conclusão bem incisiva.

1. DAS NOÇÕES GERAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família é uma matéria de estudo muito importante, por ser estritamente relacionada com a vida da pessoa, já que a maioria de nós é fruto de uma relação familiar e ou convive ou já vivenciou em comunidade familiar, fatos esses que geram efeitos jurídicos.

A família é considerada por muitos como a base da sociedade e do Estado. Se existisse, dentro de cada unidade familiar, uma convivência próspera, harmônica, com pais responsáveis que saibam educar os filhos, com certeza teria uma sociedade muito melhor, tanto é que as igrejas valorizam muito os trabalhos sociais e espirituais com seus fiéis para proteger a família, pois isso traz um enorme reflexo no mundo em sociedade. Corroborando nessa linha, em parte, Carlos Roberto Gonçalves:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.¹

A função do direito para regular este fenômeno social chamado família serve para disciplinar situação bem necessárias como para assegurar direitos fundamentais ou quando há interesse de incapazes. Via de regra, o direito deve amplo espaço para que a autonomia privada trate das regras que regerá a convivência familiar.

1.1 DO CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA

Uma tarefa difícil é a de estabelecer não só o conceito de família, mas também o de direito de família. Vários doutrinadores apresentam suas propostas, todavia a petrificação do mesmo não parece ser possível, o que faz ser inseguro adotar qualquer uma delas com a total segurança. O motivo é que a família tem um aspecto cultural, que varia com o tempo e mudanças sociais, podendo ser vista por vários ângulos, a depender de cada pessoa, fazendo com que qualquer definição sobre a mesma tende a ser - ao invés de absoluto - relativo. O conceito (e estrutura) de família que já fora adotado no passado (há décadas) não é o mesmo que se tem atualmente. Existem conceitos dados por renomados doutrinadores clássicos do

¹ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6 – Direito de Família. 11ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 17

Direito Civil que, para nós, já não é mais possível abraçá-lo em sua literalidade; citamos como exemplo um de Clóvis Beviláqua, *Apud* Maria Helena Diniz:

Constitui o Direito de Família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultem, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela²

Critica-se o conceito acima mencionado quando considera a serventia do Direito de Família para regular o casamento. Isso é resquício da antiga concepção Matrimonialista do mesmo, onde apenas era considerada aquela união em razão de um casamento. Hoje esta concepção já não mais prevalece, pois o matrimônio não é mais necessário para a formação de um núcleo familiar.

Sobre a tentativa conceitual, prefere-se seguir o entendimento de Maria Berenice Dias cujo sustentação é de que o Direito de Família constitui no próprio objeto a ser definido:

Dispondo a família de várias formatações, também o direito das famílias precisa ter espectro cada vez mais abrangente. Assim, difícil sua definição sem incidir num vício de lógica. Como esse ramo do direito disciplina a organização da família, conceitua-se o direito de família com o próprio objeto a definir. Em consequência, mais do que uma definição, acaba sendo feita a enumeração dos vários institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade.

Como a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. Viu-se então o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no Livro do Direito de Família. No entanto, olvidou-se de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidades familiares. Igualmente, nada traz sobre as famílias homoafetivas, que receberam reconhecimento no âmbito do direito das famílias.³

Enfim, é melhor deixar sua definição em aberto, sem petrificações e conceitos fechados, porque seu modo de tratar é muito subjetivo, variante conforme os valores sociais, religiosos, culturais (dentre outros) de cada autor – sem contar a influência do tempo nesses valores. Contrário de tantos outros institutos do direito cuja essência permite conceitua-los com certa segurança.

² Diniz, Maria Helena; **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 17

³ Dias, Maria Berenice; **Manual de Direito das Famílias**. 10º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 115

1.2 DA NATUREZA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Eminentemente, sua natureza é de direito privado, porque regulam, em sua maioria, interesses estritamente particulares. Todavia, essa natureza é um pouco contestada, como será explicado logo a seguir.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 226 que a família tem especial proteção do Estado. Para tanto, foram concebidos pelo nosso direito infraconstitucional (incluindo-se leis, jurisprudência e entendimentos doutrinários) normas de ordem pública que por sua característica são inafastáveis pela vontade das partes; um exemplo dessas são aquelas de invalidade de cláusulas de renúncia definitiva e antecipada aos alimentos e das que alterem o conteúdo do pátrio poder. Isso impulsionou sustentações doutrinárias defendendo que o Direito de Família pertence ao ramo do Direito Público. E de fato, são mesmo recheadas de normas dessa última natureza, todavia parece que elas ainda não têm o condão de retirar o seu caráter privatista porque seu objeto principal é ainda tratar de relações entre particulares. Neste sentido, arremata Arnaldo Rizzardo:

Ao direito público não retira o caráter privado, pois está disciplinado num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução dos litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes pelos conjugues ou mais sujeitos da relação jurídica.⁴

Diga-se de passagem, ainda, que talvez não exista uma relação tão mais particular do que a familiar, como será ainda melhor explicado neste trabalho.

1.3 DO DIREITO DE FAMÍLIA CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO

A família tem essência de movimentos antropológicos, ligados à cultura da sociedade. Como é cultural, muda conforme o tempo. Por isso que, nesse campo, é frequente surgir novidades, como novos arranjos familiares e vínculos de filiação ainda não reconhecidos, basta fazer uma análise histórica para compreendermos os processos de mudança, daquilo que se concebia como família no passado de como é nos dias de hoje. É tudo muito relativo, e

⁴ Rizzardo, Arnaldo. **Direito de Família**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 6.

varia conforme os valores da moral, dos hábitos e dos costumes. De vez em quando nossos tribunais tem que se debruçar sobre essas novidades ainda não bem enfrentadas pelo direito.

Iremos trazer algumas características do sistema de família clássico e do contemporâneo. É provável que o explanado aqui não valha para os próximos cinquenta anos, cem anos..., pois até lá muita coisa pode mudar, já que estamos tratando de um fenômeno cultural, que não fica estável no tempo, como já foi dito alhures.

1.3.1 DO DIREITO DE FAMÍLIA CLÁSSICO

Há muito tempo, mais especificamente antes da promulgação da Constituição de 1988, os pressupostos do conceito de família eram bem diferentes das que concebemos atualmente, antigamente ela era tida como matrimonializada, patriarcal hierarquizada, biológica, heteroparental e institucional. Sem contar que antes ela não era bem encarada como um meio para busca da felicidade (ideia de família eudemonista), mas para servir como uma extensão demográfica, que na comunidade rural era interessante que o casal concebesse bastante filhos para ajudar nos trabalhos do campo. Analisar-se-á cada uma dessas características.

Toda família deveria ser constituída pelo casamento, sobe pena de os filhos concebidos serem tidos como ilegítimos para o direito. Além do mais, a união entre homem e mulher era tida como concubinato, o que significava não passar de uma mera sociedade de fato com reflexos jurídicos tão somente no campo obrigacional; dentre outros efeitos.

Era patriarcal porque o homem era o chefe da família, sendo que em casos de qualquer divergência cabia a ele proferir a palavra final. Talvez isso se firmasse devido a nossa cultura machista pelo fato de ser o pai – na figura do homem da casa – a pessoa cuja, maioria das vezes, quem sustenta materialmente o lar.

Era hierarquizado no sentido de todos serem subordinados à obediência e vontade do pai. Essa característica decorre da patriarcal.

A família era biológica e os filhos adotivos não tinham direitos iguais aos dos filhos biológico, a exemplo do direito de herança. Se os pais adotivos falecessem, extinguiu a adoção. Aqui o critério biológico se sobrepunha, e havia uma trilogia a ser seguindo com casamento sexo e, por último, reprodução. A reprodução dependia do sexo, que por sua vez dependia do casamento (só havia possibilidade de reconhecimento de filhos na constância do

casamento). Com essa filosofia, não se via com bons olhos a filiação decorrente de vínculos não reprodutivos sexualmente.

A característica heteroparental exigia obrigatoriamente a diversidade de sexo entre os casais, não abrindo nenhum espaço para reconhecimento de vínculos homoafetivos, que ao contrário era bem rejeitado, por conta dos ensinamentos bíblicos e da igreja, principalmente a católica, que pregava e ainda prega a união de casais necessariamente entre homem e mulher.

A família era institucional, no sentido de entendê-la não como um fim a ser seguido, mas como um meio. Fazia com que o casamento fosse indissolúvel, a esterilidade do cônjuge pudesse ensejar motivo para a anulação do casamento por frustrar a perspectiva de procriação, e, ainda, o art. 34 da Lei do divórcio permitia que o juiz indeferisse o divórcio consensual quando ele concluísse que não seria vantajoso para as partes, preservando a família inclusive com o sacrifício das pessoas. Tudo isso era um intervencionismo exagerado por parte do Estado. Mas felizmente essas regras foram mudando.

Assim como em outras matérias do Direito Civil, também incidiu efeitos pela despatrimonialização do Direito Civil na transição do Código de 1916 para o de 2002. Esse fenômeno consiste basicamente em atribuir mais valor a bens jurídicos existenciais em detrimento dos patrimoniais, ou seja, uma predominância do “ser” em função do “ter”, que foi influenciado pela Constituição de 1988 quando passou a colocar o homem, através do postulado/princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no epicentro do nosso direito. Quer-se dizer que na vigência do antigo Código Civil (editado antes da Constituição de 1988), eram dedicados muito mais artigos de lei para tratar das questões patrimoniais do casamento do que dos seus aspectos existenciais, o que demonstrava a preferência e preocupação do legislador em mais cuidar de bens ao invés do núcleo afetivo. Não era atoa que na época o casamento era indissolúvel, pois sua razão de ser era mirado no objetivo de impedir que a entidade familiar se desmembrasse para não dificultar a transmissão da herança; e ainda havia influenciada das ideias da revolução industrial, como a filosofia de quanto maior a quantidade de membros, mais seria a sua unidade de produção. Nestes termos escreve Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família

corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com valores dominantes naquele período de Revolução Industrial.⁵

Depois que as normas constitucionais começaram a influenciar o direito civil brasileiro, houve mais relevância de alguns princípios humanitários privados, como da solidariedade, dignidade e eticidade; e a família passou a ser concebida como um instrumento de tutela da pessoa humana, deixando de ser instrumento para concretizar os objetivos do Estado. Dessa forma foi conferido mais liberdade e a privacidade nas suas relações, que começaram a ser mais pautadas no afeto e na espontaneidade. Também assim explica os mesmo autores anteriormente citados:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E nesse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem⁶

Enfim, atualmente o seu fundamento é o afeto, que tem como uma das características a espontaneidade. Desta forma a vontade estatal cede lugar para a vontade e sentimentos dos envolvidos do núcleo familiar e desta forma são eles quem ditam (primordialmente) suas regras de convivência, de opção afetiva, de gestão e divisão patrimonial, de início e desfazimento das relações, dentre outras circunstâncias.

Com esta passagem da família de como uma relação de poder, biológica e patrimonial para uma relação bem mais valorada no afeto, começa-se a perceber que a interferência estatal já não é mais bem justificada. O Estado através do Juiz é acostumado e trabalhar melhor para resolver fatos externos da vida, como conflitos patrimoniais onde basta provar existência de um débito e crédito. Todavia para resolução de conflitos de sentimentos internos subjetivos, como os afetivos, fica difícil a atuação de o Estado Juiz para perquirir estas questões, bem por isso começa a ser recomendável que o litígio passe a ser tratado pela mediação familiar, porque lá o intermediador trabalhará melhor e mais especificamente com os ânimos emocionais das partes. Quando o litígio tem por objeto discussões mais de cunho jurídico, no sentido de discussão de qual ser o melhor direito para aplicar ao caso concreto a atuação do Estado-Juiz costuma ser bem vinda (porque é ele o conhecedor do direito), todavia quando a

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDO, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Bahia: Editora Juspodivm, 2016. p. 28

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALDO, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Bahia: Editora Juspodivm, 2016. p. 39.

fonte do litígio foi em razão do estado emocional das partes, não será o direito que irá resolver o problema porque não há crise jurídica, mas crise emocional e afetiva. O assunto da mediação familiar será mais bem tratado em tópico específico.

1.3.2 DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Muitas características mudaram, porque os valores sociais assim também o mudam, e das concepções clássicas tudo (ou quase tudo) mudou. Hoje não entendemos mais a família como um meio a ser seguido, mas como um fim. O principal marco para revolução das características das famílias foi a Constituição de 1988, que dedicou dois artigos (226 e 227) para o direito de família, modificando, assim, a antiga concepção segundo a qual somente as leis infraconstitucionais cabia sua regulamentação, expressando aqui a teoria do direito civil constitucional.

Nesta concepção contemporânea, família assume umas dimensões opostas, como multiplicidade, democrática, igualitária, socioafetiva, heteroparental e ou homoparental e instrumental. Analisar-se-á cada uma delas.

A multiplicidade reconhece como válidas as mais diferentes formas de família, como a casamentária, por união estável (hetero e homoafetiva) e monoparental (comunidade de ascendentes e descendentes). Não precisa mais advir só do casamento. Isso é bom, para os convivente em união estável, já que a grande partes dos casais se unem na informalidade (sem casamento), o que não deixa de ser família... Nesta concepção, mais importa a realidade fática do que a qualificação jurídica.

A dimensão democrática significa que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres. É o inverso da patriarcal, tratada anteriormente.

O aspecto igualitário é a busca da igualdade substancial, tratando desigualmente os desiguais e buscando a igualdade fática entre os componentes. Algumas leis servem para proteger os vulneráveis dentro do ambiente familiar, a exemplo do Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente e da lei Maria da Penha.

O caráter socioafetivo reconhece que filho adotivo tem o mesmo vínculo e direitos do biológico, é uma afirmação de que o afeto é tão relevante quanto o critério sanguíneo. É uma consequência da desbiologização do direito de família.

Agora também reconhece nas mesmas igualdades de condições a Família hétero e homossexual, que apesar desse último não estar prevista em nossa legislação, é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência. E outro ponto que ganhou relevância e respeito é o da família homoparental, em que se discute na possibilidade de casais homossexuais adotarem uma criança. Sobre isso ensina Paula Alexandra Xavier, Isabel Maria Alberto e Francisco Emiliano Mendes:

O termo homoparentalidade (em francês homoparentalité e lesbian/gay parenting em inglês) surgiu em França para designar um agregado familiar constituído por um subsistema parental formado por uma pessoa ou um casal que assumiu uma orientação homossexual, e um ou vários filhos de, pelo menos, um desses adultos (Leroy-Forgeot, 1999, citado por Zaouche-Gaudron & Vecho, 2005). O seu uso tem sido criticado por enfatizar a associação entre a orientação sexual dos pais/mães e o cuidado dos filhos, a mesma que os estudos comparativos sobre a homoparentalidade pretendem desconstruir¹ ao reconhecerem a capacidade de cuidar e a qualidade da relação parento-filial como os determinantes de uma boa parentalidade, e não a orientação hetero ou homossexual dos pais/mães⁷

E, por último, a ideia instrumental, que trata a entidade familiar como instrumento para a proteção da pessoa humana, para a busca da felicidade e realizações pessoais. Onde exista um núcleo familiar, deverá também haver proteção do Estado, um exemplo é a garantia do patrimônio mínimo, que objetiva garantir um mínimo existencial de sobrevivência, ilustrado na Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”⁸ É a defesa do patrimônio em favor da família. Seria humanamente digno penhorar todos os bens e fazer com que o casal e os filhos (ou mesmo os solteiros) “viva debaixo da ponte”?

1.4 DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Essa doutrina prega que a família representa a expressão mais pura de uma relação jurídica privada, por ser um campo caracterizado por laços sentimentais, espontâneos e íntimos, merecedores de privacidade e respeito. Por isso o Estado não tem interesse amplo em

⁷ XAVIER, Paula Alexandra; ALBERTO, Isabel Maria; MENDES, Francisco Emiliano. **Homoparentalidade: da Abordagem Científica aos Normativos Legais em Portugal**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n1/1807-0310-psoc-27-01-00179.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas anotadas de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO+CIVIL%27.mat.&b=TEMA&p=true&t=&l=50&i=50&ordem=@NUM,@SUB>. Acesso em: 29 nov. 2017.

interferir nessas relações, apenas justificando, como pondera Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, quando for para assegurar direitos e garantias fundamentais da pessoa:

Nesse quadrante, toda e qualquer ingerência estatal somente será legítima e justificável quando tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, notadamente daqueles vulneráveis, como a criança e o adolescente, bem como a pessoa idosa (a quem se dedica proteção integral). Trata-se de simples projeção da autonomia privada côm pedra de toque das relações regidas pelo Direito Civil como um todo, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular no campo privado. Em sendo assim, o Estado somente deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular.⁹

Uma previsão constitucional que reflete a vontade desta doutrina é a contida no artigo 226, §7º, que assegura no Brasil uma ampla liberdade de o casal disciplinar seu planejamento familiar, como a quantidade de filhos, a liberdade de escolha do momento em que pretendem conceber uma criança, entre outras questões. É diferente de alguns países como a China onde há políticas públicas que relativiza, e muito, essa liberdade, forçando os casais a terem menos filhos, sob pena de o Estado não arcar com as prestações fundamentais mínimas, como escola, saúde, lazer e etc. Reza o dispositivo da Carta Magna:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas¹⁰

E o artigo 1.513 do Código Civil também expressando a doutrina da mínima intervenção estatal, diz: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Por outro lado, relativizando a referida doutrina, para assegurar Direitos Fundamentais da mulher, a lei 11340/2006 (mais conhecida como lei Maria da Penha), cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar. Nela há previsão de que o Estado-Juiz, para salvaguardar a integridade física, possa determinar a retirada do agressor de seu próprio lar, independente de requerimento da ofendida, mas formulado pelo Ministério Público (agindo em nome próprio para tutela de interesse de terceiro) como protetor dos direitos individuais indisponíveis (art. 127 Constituição Federal).

⁹ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol.6. 8ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2018

Enfim, via de regra, a interferência do Estado não é bem vinda, porque nos problemas familiares não há ninguém tão melhor que os próprios envolvidos para conseguir encontrar uma solução. A única possibilidade de o Estado intervir é para assegurar normas de ordem pública, que por sua essência são inderrogáveis e inafastáveis.

1.5 DO AFETO

Pode-se conceituar como sendo um estado limitado no tempo constituído por um conjunto de sentimentos e emoções sentidos no corpo humano, que pressupõe uma relação intersubjetiva, ou seja, entre mais de uma pessoa¹¹. É marcado pela temporalidade, no sentido de que criamos elos afetivos voláteis, que podem ser dissolvidos ou fortalecidos a qualquer momento. Ela aponta um estado de nossa alma, que ora pode aumentar ou fazer diminuir a nossa vontade de agir.

Desta forma, a natureza intersubjetiva é um dos elementos de seu conceito, expressando uma ação situada no campo da negociação, com diálogo, não abarcando sentimentos que não tenha nenhum grau de reciprocidade, como a paixão, que não passa de uma emoção predominantemente totalitária.

Com isso, o afeto faz com que as pessoas experimentem um conjunto de fenômenos, como tendências, emoções, paixões e sentimentos. Podemos dizer que ele tem duas variações que são faces da mesma moeda, o aspecto positivo e o negativo.

Por afeto positivo entende-se como um estado de ânimo emocional auspicioso entre as pessoas; traz alegria, entusiasmo, amor e etc. Estas emoções positivas montam um terreno propício para uma relação intersubjetiva com união, fraternidade e compreensão.

Já o afeto negativo seria o oposto. Nela a afeição é diminuta tendenciosa a produzir atrito na relação. Gera sentimento de mal estar, tristeza, rancor e etc.

¹¹ Michaelis. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

1.5.1 DA IMPORTÂNCIA DE UMA BOA REALIZAÇÃO AFETIVA ENTRE PAIS E FILHOS

É imprescindível que haja um bom convívio e relação afetiva entre pais e filhos ainda quando pequenos, pois nesta fase que se inicia o processo de educação e aprendizado dos mesmos, e tudo que ali for ensinado será levado para o resto de suas vidas. O mais recomendado é a presença de ambos os pais, ou seja, do pai e da mãe, pois os ensinamentos da figura feminina não são os mesmos que os da figura masculina. Existem estudos na área da psicologia demonstrando que a criação da criança conjuntamente pelo pai e a mãe lhe faz adquirir uma educação muito mais saudável, com desenvolvimento de habilidades e capacitações diferenciadas. É o que ensina Linda L. Davidoff:

Os pais dão importante contribuição para as habilidades sociais emergentes do filho. Quando os pais envolvem-se ativamente e são sensíveis para com os filhos, estes exibem mais habilidades sociais, maiores capacitação para resolução de problemas e menos medo diante de estranhos e de situações novas. Mais brincadeiras entre pai e filho estão ligadas a maior desenvolvimento mental. No caso das filhas, a conversa é especialmente importante. Quanto mais pais e filhas conversam, tanto mais altos são os resultados das meninas em testes intelectuais.¹²

A omissão dos pais trás sentimentos negativos e afeta a personalidade da criança, que começa a sentir-se desvalorizada e culpada, além de afetar as relações sociais, como observa Edyleine Bellini Peroni Benczik:

O vazio promovido pela ausência do pai, segundo Ferrari²⁰, é formado pela noção das crianças de não serem amadas pelo genitor que está ausente, com uma grande desvalorização de si mesmas, em consequência disso. Além dessa autodesvalorização, ocorrem os sentimentos de culpa por a criança se achar má, por acreditar haver provocado a separação e até por ter nascido. A criança pensa ser má também por ter sido deixada. O autor coloca que isso pode gerar reações variadas, desde tristeza e melancolia até agressividade e violência. E prossegue dizendo que os tímidos e temerosos do exterior se fecham em si mesmos, e os extrovertidos e temerosos do interior de sua história se vingam no mundo com condutas anti-sociais²⁰. Para Eizirich e Bergmann¹³ e Gomes e Resende³, a literatura evidencia as modificações na estrutura das famílias contemporâneas, os efeitos negativos da ausência do pai e as repercussões decorrentes dessa ausência, tanto nos aspectos comportamentais, quanto nas vivências emocionais relacionadas ao complexo de Édipo. Estes autores relacionam a ausência da figura paterna à produção de variadas expressões de conflitos, defesas e sentimentos de culpa nos filhos.¹³

¹² DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3º ed. Editora Makron books, 2004. p. 68

¹³ PEPSIC. **A Importância da Figura Paterna para o Desenvolvimento Infantil**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007>. Acesso em 01 jun. 2018.

Mauricio Antonacci Krieger e Bruna Weber Kasper ainda discutindo sobre prejuízos imateriais na personalidade do filho, observam que:

Na infância, enxergamos os pais como heróis, queremos ser iguais a eles e seguimos seus exemplos. Geralmente, são nossos pais que nos apresentam o mundo, o que há de bom e o que há de ruim, o que é o certo e o que é o errado, como devemos agir em determinada situação. Portanto, é imensurável a influência paterna e materna na formação da personalidade do ser humano.

O que ocorre, no entanto, quando este vínculo afetivo paterno-filial é cortado precocemente ou quando este vínculo não é nem mesmo estabelecido? Sem sombra de dúvidas, pode-se afirmar que há consequências negativas para a criança em formação, que depende da presença dos pais para o seu desenvolvimento. Assim, quando este vínculo não é suprido por outra pessoa que esteja presente na vida da criança, é evidente que há prejuízos imateriais para a formação da sua personalidade e identidade, circunstância que merece implicação jurídica à luz da Constituição Federal de 1988¹⁴

A base da sociedade é a família, e essa necessita ser unida e zelada, não sendo de hoje que se reconhece tamanha importância. Cabe aos pais planejar bem os filhos que pretendem, para conseguir construir um núcleo saudável com a construção de valores com sua prole na mais livre e espontânea vontade.

Se a criança vem de uma boa base familiar, esta construirá experiência para melhor enfrentar problemas sociais:

A família é grupo social expressivo onde fluem grandes emoções, afetos, sentimentos, que se vivenciamos com base na compreensão e no diálogo e na sensibilidade, maior será a probabilidade de um lar feliz, saudável, com interações positivas, que certamente possibilitará à criança entendimento e ajuste aos diferentes ambientes de que participa. O apoio da família envolve fatores cognitivos, emocionais e sociais, os quais permitem à criança uma visão mais crítica para enfrentar as situações cotidianas.¹⁵

É com base nestes estudos da psicologia, que explora a importância do bom convívio do cuidado da família, que o Direito exige uma postura ativa dos pais para com relação aos seus filhos. Se a criança é abandonada fica difícil de criar valores sociais e mais propícios a entrar em caminhos perversos, como das drogas e a criminalidade em geral. Escreve Maria Juaracy e Lisandra Espíndula.

¹⁴ KRIEGER, Mauricio Antonacci; KASPER, Bruna Weber. **Consequências do Abandono Afetivo**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7137-consequencias-do-abandono-afetivo>> Acesso em 13 mai. 2017.

¹⁵ UNICER. **A Interrelação Família-Escola na Formação De Filhos/Alunos**. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/140_375.pdf>. Acesso em 31 mai. 2018

Da família, investigam-se sua configuração, suas relações internas, o exercício dos papéis, o cumprimento das funções num script bastante definido e no qual, em se tratando de criminalidade, o pai é figura de destaque. Essa análise permite problematizar por que o enunciado da ausência paterna como determinante da criminalidade funciona tão bem em determinados contextos sociais.¹⁶

O trecho cita que a figura do pai é importante, mas isto não quer dizer que de um abandono afetivo influenciará, automaticamente, o menor para este mundo do ilícito, pois o que parece realmente ser sensível é a falta do apoio familiar com um todo, nestes termos continua ainda os referidos autores: “A questão da criminalidade surge não diretamente como ausência de paternidade, mas como a ausência de vínculo familiar em geral, que seria então um argumento para o incentivo à adoção”.¹⁷ Apesar de parecer verdade, é de abandono em abandono que a criança vai perdendo os laços com a mãe, o pai, irmãos e quando vê, a família. Enfim, a perda do contato e do aporte de cuidado afetivo por parte de qualquer um de seus genitores, por mais que ainda subsista o do outro, fragiliza a criança.

1.5.2 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Por causa de toda aquela relevância do afeto, erguida pelos cientistas da psicologia e por outros estudiosos do comportamento humano, no sentido de que este estado da alma influencia na criação dos filhos e de mantém harmonia das relações intersubjetivas, na ciência do direito privado o afeto foi elevado a status de princípio por vários juristas.

Esse princípio vem ganhando força, mais especificamente no direito de família. É a criação de uma norma com face de princípio no qual diz que o afeto serve como elemento para interpretar relações jurídicas familiares, funcionar como princípio norteador do mesmo, desempenhando e gerando inúmeros efeitos, como, já dito aqui, *v.g.*, a criação de novos arranjos familiares, exigibilidade de colaboração afetiva entre casais e etc. e a questão de exigir afeto na relação vertical de pais com filhos. Quanto a esse último não há consenso, pois a referida construção jurídica pode mexer na autonomia espiritual e emocional dos envolvidos, fazendo com que exija comportamentos voluntários até demais, o que não cabe ao Direito.

¹⁶ MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. **Paternidade, Família e Criminalidade: Uma Arqueologia Entre O Direito e a Psicologia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v26nspe/05.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018.

¹⁷ MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. **Paternidade, Família e Criminalidade: Uma Arqueologia Entre O Direito e a Psicologia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v26nspe/05.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018.

Esse que é o problema. Ao elevar o afeto à categoria de norma jurídica como se fosse um princípio, ele pode passar a ser exigido, assim como as regras.

Reconhecendo sua importância, Paulo Lobo Apud Ricardo Lucas Calderon pondera que o princípio da afetividade já é muito caro para o Direito:

Nessa mesma linha, outro autor para quem a afetividade é um tema muito caro é Paulo Luiz Netto Lôbo, a tal ponto que, na sua análise, após a Constituição de 1988, ela deve ser vista sob a forma de princípio, visto que “o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico”. Quer dizer, nessa abordagem, a afetividade não incidiria apenas pontualmente, ao tratar de uma questão específica do direito de família (como a filiação, por exemplo), mas sim sobressairia a tal ponto que passaria em revista todos os institutos de direito de família, consistindo em verdadeiro princípio norteador. Nesse sentido, sob as vestes de princípio jurídico na concepção que lhe concedeu o constitucionalismo contemporâneo, influenciaria todo o direito de família, refletindo o novo paradigma familiar vigente. A repersonalização deste ramo do direito, portanto, dar-se-ia a partir da adoção do princípio da afetividade. Essa perspectiva principiológica da afetividade lhe conferiu maior corpo e permitiu que fosse aplicada em todos os ramos do direito de família, com inequívoca centralidade. Paulo Lôbo desenvolveu sua tese extraíndo o princípio da afetividade a partir do princípio da solidariedade, o que também demonstrava a superação do individualismo moderno de outrora e refletia a aplicação do solidarismo constitucional.¹⁸

Apesar de não existir a previsão do princípio da afetividade, de forma categórica em nenhum lugar da legislação, ela é extraída implicitamente de alguns diplomas como o da lei Maria da Penha, da guarda compartilhada dentre outras que fazem referência de forma tímidamente. É também o posicionamento de Ricardo Lucas Calderon:

Há, assim, um conjunto de elementos que externa a relevância da afetividade no nosso sistema jurídico, a indicar que diversas disposições legais visam tutelar situações afetivas existenciais. Esse movimento legislativo, entre avanços e retrocessos, e apesar de estar aquém do que se demanda dele na atualidade, parece que está alinhado com a transição constatada na própria família brasileira. Também não ignoram e não se afastam desse posicionamento são a jurisprudência e a doutrina pátrias, que há muito fazem coro no sentido de reconhecer paulatinamente a afetividade.¹⁹

Para não dizer que o legislador brasileiro nunca falou de afeto, temos uma previsão no artigo 5º, III, da lei 11.340/2006 (lei Maria da penha), que fora concebida mais para o Direito Penal, mas que serve também para o Direito Civil:

¹⁸ CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**: contexto e efeitos. p. 180. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/26808>>. Acesso em 28 de abr. 2018.

¹⁹ CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**: contexto e efeitos. p. 213. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/26808>>. Acesso em 28 abr. 2018.

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.²⁰

O caput do dispositivo não trata da qualquer tipo de violência, mas daquela no âmbito doméstico ou no contexto familiar. E o que a lei entende por contexto familiar? Contexto familiar nada mais é do que o cenário da família, que para a lei, pode se dar por meio de qualquer relação íntima de afeto, como dispõe o inciso III. Não precisa existir um casamento, um mero namoro já é o bastante.

1.5.3 DA DIFERENÇA ENTRE O AFETO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A palavra afeto e princípio da afetividade possuem conceitos distintos. O primeiro é um fenômeno de fato, mais objeto de estudos da área da psicologia do que da própria ciência jurídica, mas que para ela tem enorme relevância, principalmente para o direito das famílias. O afeto está ligado com o verbo afetar, que significa aquilo que mexe com a pessoa e o move, e é representado por sentimentos espontâneo que a pessoa acaba nutrindo com o próximo.

Já o princípio da afetividade tem natureza de norma jurídica, sendo importantíssima para o direito de família contemporâneo, talvez seja a sua pedra fundamental, e como princípio que é, tem carga abstrata, não tem aplicação direta, pode necessitar de outras regras e princípios para serem aplicados ao caso concreto; tudo isso se revestindo de valores bem abertos a serem preenchidos e interpretados ao caso concreto. Sobre esta diferenciação, escreve Ricardo Lucas Calderon:

Com essa definição, as relações familiares afetivas restam reconhecidas pelo direito, principalmente pela incidência do princípio da afetividade. A compreensão da relação entre a manifestação fática socioafetiva e sua classificação jurídica permite uma distinção que evita alguns embaraços no trato do assunto que, no fundo, inexistem. Em consequência desta classificação, o princípio teria, no campo do direito, uma diretriz de dever jurídico²¹. Essa percepção permite afastar qualquer confusão entre o afeto como sentimento do trato pelo direito da afetividade jurídica²¹

²⁰ BRASIL. **Lei 11.340/2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em 04 nov. 2017.

²¹ CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto E Efeitos**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>> . Acesso em 01 jun. 2018.

Quando começa a tratar a afetividade como princípio implícito, também significa dizer que o seu conteúdo é usado no trabalho de institutos do direito civil, como já mencionado neste trabalho sobre a sua influência na adoção, na posse de estado de filho, na frase “comunhão plena de vida”, na relações de parentesco e etc. E assim começa a ser tratado como princípio porque influencia em todo o sistema normativo das famílias, como escreve Ricardo Lucas Calderon:

Nesse sentido, sob as vestes de princípio jurídico na concepção que lhe concedeu o constitucionalismo contemporâneo, influenciaria todo o direito de família, refletindo o novo paradigma familiar vigente. A repersonalização deste ramo do direito, portanto, dar-se-ia a partir da adoção do princípio da afetividade.²²

Não se pode esquecer que tratar um fenômeno como princípio, pode levar de brinde uma qualificação de dever jurídico que o mesmo pode impor, e Paulo Lobo identifica, com razão, esta carga de dever, quando analisa que os pais tem dever jurídico de entregar, aos filhos, os efeitos positivos da afetividade, mesmo quando o afeto real não exista – ressaltado, como tratado neste trabalho, que o afeto real não se confunde com o tratamento afetivo de cuidado, atenção, convivência (e etc.) que pode exigir sua prestação mesmo que o primeiro (afeto real não exista). Nessa linha, o mesmo autor cita Paulo Lobo:

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida se a este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. Na relação entre cônjuges ou companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une duas pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo ‘o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções’. Evidentemente que essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo

²² CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto E Efeitos**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>> . Acesso em 01 jun. 2018.

direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.²³

Relativamente parece ser acertado reconhecer certo dever jurídico decorrente do princípio da afetividade, todavia esse deve ser tomado com prudência, pois já condutas que não tem como ser exigida, como as condutas espirituais e de amor, tanto falada neste trabalho. Pois se assim o fosse toda ação de abandono afetivo seria procedente. Pensamos que não é por aí o melhor caminho

Concluindo então, a diferença do afeto com o princípio da afetividade, reside basicamente em apontar que o primeiro corresponde a um fenômeno de fato (e não de direito) subjetivo, emocional e espiritual da pessoa, que nutre, deixa ser afetado por alguém, cujo sentimentos nutridos podem ser positivos e negativos. Já o princípio da afetividade não corresponde a um fenômeno de fato, mas de direito, porque dele irradiará bazilas para aplicação de vários institutos do direito, servindo como princípio norteador do direito de família e ainda, dentre outras funções, também pode (e trás) um dever de afeto, mais representado e deveres de prestação objetiva que são exigidos dos pais com relação aos filhos.

Todavia, para melhores explicações sobre, remetemos leitor ao item 1.6.5 e ao item 3. Este último analisa uma teoria que tenta dividir o afeto subjetivo com o objeto, justamente para justificar esse efeito de dever jurídico do mesmo.

1.5.4 DA AFETIVIDADE COMO UM ELEMENTO PARA AFIRMAR QUE A FAMÍLIA É MAIS UM FATOR CULTURAL DO QUE BIOLÓGICO

Antes o núcleo familiar era tido apenas pelo casal de sexos opostos e pelos filhos constituídos em sua constância com relações de parentalidade decorrentes apenas de vínculos biológicos. Na época a igreja colocava muitas regras, o que impossibilitava as pessoas de inventar novos arranjos familiares conforme suas vontades, e assim a família ficava mais restrita aos vínculos de natureza biológica, principalmente por conta da indissociabilidade do casamento e de ser só reconhecido os filhos nascidos na constância do casamento e exigência de união heteroafetiva.

²³ CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos**. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/26808>>. Acesso em 10 mai. 2018.

Mas com o passar do tempo isso foi mudando e os dogmas da igreja católica foram perdendo força, o que abriu espaço para novas configurações familiares, principalmente a união homoafetiva. As pessoas começaram a ter mais liberdade para se relacionar e constituir vínculos familiares conforme as suas vontades afetivas, sem ficar preso às regras externas por parte do Estado e da Igreja (a igreja influenciava muito o estado na edição das leis civis). Assim o elemento afeto no campo do direito de família ganhou mais fôlego, pois antes ele era sufocado e as pessoas não podiam exteriorizar seus laços pautados no afeto como a posse de estado de filho e a união homoafetiva. Dessa forma as pessoas ganharam liberdade para se fixar e conviver com quem elas queiram, seja nas relações de parceiros ou nas relações verticais. Não é só isso, a filiação artificial heteróloga começou a ser mais aceita, as uniões homoafetiva, adoção, família mosaico e etc. A filiação heteróloga mesmo decorre da evolução da tecnologia que antes não existia e hoje já é realidade.

Hoje a sociedade tem mais liberdade para constituir uma relação amorosa com o parceiro que pretender e criar como filho a criança que amar, mesmo sem vínculos genéticos. Dessa forma é o afeto o elemento que tem mais força no direito de família. Conforme o passar dos tempos a sociedade vai construindo novos valores, tradições, não só no Brasil mas no mundo, e, ao mesmo tempo, novos movimento e conceitos familiares vai acompanhando e sendo influenciado pela mudança cultural das pessoas. A cultura é basicamente isso, é um movimento relativizado que muda conforme o tempo e o espaço. E como no Brasil o afeto passou a ser um fenômeno central capaz de mudar as velhas regras e institutos do direito de família em prol da autonomia das pessoas e das novas mudanças de valores por elas percebidos, constata-se que família hoje é mais desprendida dos vínculos biológicos para atender mais a cultura das pessoas, ou seja, para que sejam reconhecidos os laços que elas desejam e reconheçam como correto independente agora dos antigos ditames da igreja.

Há autores como João Baptista Villela que chamam isso de desbiologização da paternidade, concluindo que a família é muito mais um fator cultural do que biológico. As pessoas têm o poder de movimentar as forças da natureza para decidir se querem ter um filho ou não, e quando os tem, também tem o poder de decidir se acolherá ou rejeitará sua prole. O elo afetivo é construído pelo homem e entre os homens, não sendo um dado da natureza. Escreve João Batista Vilela:

A origem radicaria, assim, em pura base biológica. Note-se, entretanto, que a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Aqui, o fato da natureza é dado por uma relação de causalidade material: a fecundação e

seus necessários desdobramentos. É bem verdade que esse fato, enquanto tal, não está subtraído à vontade humana, que decide, afinal, de sua ocorrência ou não. Tanto mais evidente se toma assim, de resto, a linha demarcatória entre o que é fato do homem e o que é fato da natureza. O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição. Insista-se, porém: a linha de fenômenos que vai desde a concepção até o nascimento não tem característica propriamente humana, no rigoroso sentido do termo, isto é, não constitui manifestação de liberdade.²⁴

Em outro trecho, o mesmo autor pondera:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica²⁵

Outro ponto de destaque é que para o reconhecimento de filiação mais vale os laços do filho que reconhece o outro como pai e desse que reconhece aquele como filho. Isso não quer dizer que o critério biológico é menos prezado, mas é possível desconsiderar como pai ou mãe aquele que apenas concebeu a criança e nada cuidou. Ou seja, o critério afetivo pode derrogar o biológico, mas o biológico não pode derrogar o afetivo. Mas uma pergunta poderia vir: seria possível manter os dois critérios, fazendo com que uma criança possuísse dois pais (ou mães), cuja cada filiação justificaria encima de cada um desses critérios? A resposta é positiva, pois a mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que “a filiação socioafetiva não impede reconhecimento de paternidade biológica e seus efeitos patrimoniais”²⁶

Com prudência, Rolf Madaleno escreve em um breve trecho estes pontos de intercessão:

A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.

²⁴ VILELA, João Batista. **Desbiologização da Paternidade**. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>>. Acesso em 01 jun. 2018.

²⁵ VILELA, João Batista. **Desbiologização da Paternidade**. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>>. Acesso em 01 jun. 2018.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Filiação Socioafetiva não Impede Reconhecimento de Paternidade Biológica e seus Efeitos Patrimoniais**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Filia%C3%A7%C3%A3o-socioafetiva-n%C3%A3o-impede-reconhecimento-de-paternidade-biol%C3%B3gica-e-seus-efeitos-patrimoniais>. Acesso em: 01 ju. 2018.

Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles²⁷

Em fim, prefere-se seguir o entendimento de que o vínculo afetivo prevalece relativamente sobre o biológico por conta da relevância que o afeto vem gerando no direito de família, tendo o condão de justificar novos arranjos familiares e sua falta pode ocasionar até a destituição do poder familiar. Todavia ressalta-se que nem por conta disso o critério biológico é descartado, mas ao contrário deve ser mantido/reconhecido com harmonia. Comprovando a enorme influencia do afeto no direito de família remetemos o leito ao item 1.5.8.

1.5.5 DA SUA NATUREZA JURÍDICA, POSTULADO OU PRINCÍPIO?

A natureza deste instituto divide opiniões, cuja discussão não é meramente acadêmica, pois a depender do entendimento haverá reflexos no campo das compensações por dano moral no direito de família. Logo abaixo, explicaremos com mais detalhes.

Contrariando a idéia de princípio, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald citando em parte Paulo Bonavides, preferem dizer que o afeto se trata de um postulado, por lhe faltar obrigatoriedade e vinculatividade; se fosse princípio, deixaria de ser o fundamento de lei para ser a própria lei, pertencente ao Direito Positivo²⁸. Assim ponderam os referidos doutrinadores:

É que a afetividade tem característica de *espontaneidade*: quem oferece afeto a outra pessoa o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem. O afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresente voluntariamente. Isso por conta de seu inescandível caráter de sentimento humano espontâneo. Ninguém é obrigado a gostar, a nutrir afeto por outra pessoa, mesmo que seja de sua própria família. Daí a fácil e serena conclusão de que o afeto não tem força vinculante, normativa²⁹

Se para os autores retro mencionados, o afeto é um postulado, o que significaria este termo? O postulado serve para a aplicação de outras normas, por isso não estão no mesmo grau em que as regras e os princípios, sendo até apelidadas de sobreprincípios, metanormas ou normas de segundo grau. Elas se aplicam no âmbito metódico, ou seja, no método

²⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 166.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. 8º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016. p. 54.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. 8º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016. p. 54.

procedimental que leva ao intérprete ou ao julgador concluir sobre qual direito a ser aplicado ao caso concreto. Tem relevância jurídica, mas de maneira secundária. Sobre assunto, explica Humberto Ávila:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas³⁰.

De outra banda, a corrente que sustenta o afeto como princípio o fundamenta sua decorrência na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social. Nessa linha segue o ensinamento de Ricardo Lucas Calderon:

Nesse sentido, parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial que permite sua atual sustentação de lege lata.³¹

Também entendo como princípio, junto com a maioria doutrina, escreve o Professor Flávio Tartuce:

Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.³²

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13ª ed. Editora Malheiros, 2012. pg. 142-143 *Apud in*: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D11520%26revista_caderno%3D25?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10808&revista_caderno=4>. Acesso em 07 nov. 2017.

³¹ CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>> Acesso em 22 out. 2017

³² TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 12º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 28

A consequência prática em analisar a natureza jurídica do afeto deságua naquela polêmica teoria do desamor. Se considerarmos como um princípio, inafastável será o seu tratamento como norma jurídica, passando a ser exigido diretamente das partes assim como se faz com as regras, só que aquelas permitirão uma maior incidência de subsunção, já que tem carga de conteúdo aberto e maior grau de abstração. O nosso direito passou por mudanças, com os fenômenos da constitucionalização do direito civil, e da força normativa da Constituição, dando mais reconhecimento e força normativa aos princípios e também às cláusulas gerais. Não é mais considerado um objeto a ser seguido e muito menos um recado do legislador, agora nossos tribunais superiores os aplicam diretamente sem maiores controvérsias e resistências como já houve no passado.

O constitucionalismo contemporâneo adota um paradigma pós-positivista, onde une as características do movimento jusnaturalista e positivista. O primeiro valorizava a moral e o caráter da justiça do direito, já o segundo busca a eficácia social das leis e a segurança jurídica, por isso que exigia que as normas deveriam ser positivadas. O movimento positivista reinou antes da segunda guerra mundial. Todavia, ele começou a entrar em crise, pois em muitos casos era aplicada a lei sem um mínimo de correção substancial (justiça) que os jusnaturalistas tanto exigiam.

A partir dos prós e dos contras de ambos os movimentos, surgiu um novo: o pós-positivismo. Nele são abarcadas as idéias de segurança jurídica e eficácia social da lei, mas sem deixar de conta seu conteúdo justo do direito. Quando uma lei positivada não for muito justa, abre-se a possibilidade de o juiz relativizá-la, para dar lugar aos princípios, pois esses são, conforme o pós-positivismo, norma jurídica do mesmo grau que aquelas. É bem por isso que neste movimento o protagonista do direito é o juiz e não mais o legislador. A ideia de justiça para os pós-positivistas era ficar apartado do ideais nazistas e fascistas e evitar agressões a direitos humanitários em nome da lei.³³

Vale lembrar que esta possibilidade de aplicação direta, não afasta a sua função hermenêutica, ou seja, o de ainda servir como elemento interpretativo para as regras já positivadas. Corroborando com o assunto, ensina o constitucionalista Marcelo Novelino:

A distinção clássica entre *princípios* e *normas* encontra-se superada pela concepção de que tanto os princípios como as regras são espécies do gênero norma jurídica. O

³³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; e BICALHO Guilherme Pereira Dolabella. **Do Positivismo ao Pós-Positivismo Jurídico: O Atual Paradigma Jusfilosófico Constitucional**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2018.

caráter normativo dos princípios, hoje algo trivial, não era plenamente reconhecido até meados do século XX, quando eram considerados meras proclamações políticas, sem caráter vinculante para os poderes públicos. Vezio Crisafulli (1952) foi um dos primeiros a romper com a lógica conservadora dominante ao afirmar que um princípio, seja expresso ou implícito, constitui “uma norma aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados”. Ainda de acordo com o jurista italiano, se os princípios fosse simples diretivas teóricas, seria necessário admitir, por questão de coerência que, nas hipóteses de solução de casos judiciais com base em um princípio, “norma é posta pelo juiz, e não, ao contrário, somente *aplicada* por ele ao caso específico”. Outro relevante contributo para a superação da carência de normatividade dos princípios, foi dado por Josef Esser (1961) que, embora negasse aos princípios a condição de norma jurídicas em sentido técnico, admitia sua concretização pela via judicial ou legislativa. Não obstante, os aportes teóricos determinantes para o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios foram formulados por Ronald Dworkin (1977) e Robert Alexy.. Sobre a influência da teoria formulada por Dworkin, Robert Alexy (2008b) sustenta que princípios e regras são espécies normativas dotadas das seguintes características em comum: I) ambos dizem o que deve ser; II) ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deonticas básicas (ordem, permissão, proibição); e III) ambos são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de tipo diferente.³⁴

Reconhecer um instituto do direito como princípio pode custar caro, pois qualifica-lo como tal pode gerar uma lista de efeitos impensáveis. Já passou o tempo em que nosso direito era estritamente pautado na literalidade da lei, alias o pós-positivismo condena (e prova que está errado) este sistema jurídico de total cumprimento de sua letra fria, independente do caráter ético, justo e humanitário do seu conteúdo. Reconhecer um instituo como princípio pode fazer com que o mesmo discipline normas de conduta semelhantes como os das leis, isso porque o nosso sistema vem reconhecendo cada vez mais a força normativa dos princípios, além de sua clássica função de servir como método de interpretação ou como fonte secundária para aplicação de outras leis (dentre outras funções). O que se quer dizer é que a partir do momento que um valor é reconhecido como princípio fortemente pela doutrina, os tribunais também pode entrar na mesma linha e aplicá-los em seus julgados, tornando-o jurisprudência; e partir daí o mesmo vira quase que uma lei por culpa Novo Código de Processo Civil que exige tanto do julgador (obrigando-o) a seguir a jurisprudência firmada pelos Tribunais Superior e pelos seus respectivos Tribunais de segundo grau.

E aqui está uma problemática, porque o afeto é um fenômeno sensível para transformá-lo em princípio, que automaticamente pode o fazer sê-lo uma norma jurídica exigível. Ele é carregado de sentimentos espontâneos, que não pode e não tem como ser obrigado pelo direito. Como obrigar alguém a amar? Talvez o que pode ser exigido são comportamentos objetivos de cuidado.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p. 126-127.

Parece melhor entender o afeto como um princípio, mas em cobrar dos genitores uma prestação de sentimentos subjetivos.

1.5.6. RELEVÂNCIA JURÍDICA DO AFETO

O afeto é um estado natural e sentimental do ser humano, com incontáveis reflexos para o mundo jurídico. Nem todos os acontecimentos têm relevância para o direito, os que produzem reflexos jurídicos são taxados como fatos jurídicos, e os que não produzem são simples fatos. Um exemplo de fato simples seria uma chuva em alto mar. Por fato jurídico, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho conceituam como: “Este é entendido como todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas.”³⁵

O afeto traz relevâncias jurídicas para as pessoas, por isso não é desprezada pelo direito. São vários reflexos, que são mais concentrados, especificamente, no ramo no direito civil.

1.5.7 O AFETO E A VIDA PRIVADA

O afeto tem toda relevância jurídica, podendo até ser considerado como um Direito Fundamental a ser protegido e respeitado. O Estado não pode intervir na vida privada das pessoas de forma que bem entender, pois acarretará no risco de asfixiar a intimidade. Onde há intimidade e vida privada também poderá estar o afeto.

A intimidade em si envolve uma situação singular da pessoa onde ela reserva seus interesses, informações, opções e sentimentos de forma individual que muitas das vezes não lhes convém que sejam públicas. O afeto também expressa uma situação de semelhante, mas com a diferença de pressupor um vínculo com outra pessoa, onde se cria laços estreitos, compartilham segredos, desejos e vive momentos pessoais com o próximo. Queremos dizer que as relações sociais afetivas também devem ser tuteladas pela vida privada, nos mesmos moldes que o direito protege a intimidade intra-psíquica, ambos compreendidos no conceito de vida pessoal.

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. Vol 1. 15º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 342.

É bem por isso que é importante assegurar proteção a este bem jurídico, não só por parte do Estado, mas também pelos particulares, até mesmo por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual reconhece que não só o Estado tem o dever de assegurar, mas também os particulares na relação para com os seus pares. A título de ilustração, sobre esse importantíssimo instituto, pondera Marcelo Novelino:

Na doutrina liberal clássica os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (direitos de defesa). Por esta relação jurídica ser hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão *eficácia vertical* dos direitos fundamentais. Não obstante, a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência destes direitos fosse estendida ao âmbito das relações entre particulares. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações nas quais os particulares se encontram em uma hipotética relação de coordenação (igualdade jurídica), é denominada de *eficácia horizontal* (ou *privada*, ou *externa* ou *em relação a terceiros*) dos direitos fundamentais.³⁶

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais já é consagrada em nosso direito. Controvérsias já existiram no passado, mas na medida em que os nossos tribunais foram reconhecendo a sua aplicabilidade, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal, o assunto passou a cair de moda e tornar pacífica sua aceitação.

1.5.8 DA IMPORTÂNCIA E EFEITOS JURÍDICOS QUE O AFETO PRODUZ NO DIREITO DE FAMÍLIA

O fenômeno da desbiologização do direito de família começou a dar tanta importância ao afeto que foram concebidos novos efeitos jurídicos. Citaremos pelo menos em três faces jurídicas deste fenômeno. A primeira delas é a de criar deveres de condutas afetivas recíprocas entre as partes numa relação de parentalidade (seja de pais com filhos) ou de conjugalidade (inclui-se também união estável). E a segunda é o poder de fazer constituir vínculos familiares entre os envolvidos que ainda não os são, através dos institutos da parentalidade socioafetiva e adoção. E a terceira seria o poder de constituir novas modalidades familiares. A seguir analisar-se-á esses três pontos. Sobre a constituição de novos vínculos familiares, dedicou-se um tópico avulso. Além do mais, existem outros efeitos

³⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p.. 318.

e regras secundárias que também dela sofreram influência, como a suspensão a comunhão de bens quando se dá a separação de fato, a união homoafetiva e o próprio abandono afetivo.

Sobre a obrigatoriedade de criar condutas afetivas recíprocas entre as partes na relação de parentalidade de pais com filhos e na constituição de uma sociedade conjugal, é no sentido de que a partir do momento em que aceitamos em tomar o próximo como cônjuge ou assumir a responsabilidade de ser pai é imposto que estas relações sejam o tratadas com afeto, com a diferença de que na relação conjugal o princípio da afetividade incide até o momento em que há espontaneidade de manter a relação, já no vínculo parental o princípio é exigido mesmo que não condize com a afetividade real, com objetivo de proteger o melhor interesse do menor. Explica Paulo Lobo Apud Ricardo Lucas Calderón:

Assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. Na relação entre cônjuges ou companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une duas pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição).³⁷

Os deveres de condutas afetivas recíprocas entre conjugues compreendem, dentre outros, a fidelidade recíproca, mútua assistência, consideração e respeito. Esses deveres são alguns do que dispõe o artigo 1.566 do Código Civil. O rol é exemplificativo, já que há a possibilidade de tutela de outros deveres conforme a consolidação do casal.

A fidelidade recíproca corresponde a uma expressão natural da monogomia, estando relacionado com os deveres de considerações mútuas. Caso um dos cônjuges não se sinta mais realizado com a relação, o direito aconselha que se valha do divórcio ou a separação de fato, ao invés de faltar com o dever de ser fidelidade. Maria Berenice Dias Apud Rodrigo da Cunha pereira, explica a razão deste dever:

A fidelidade com certeza só se tornou lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o "impulso" da infidelidade existe. Para o estabelecimento de relações familiares, é necessário impor limitações e interdições ao desejo. Daí a

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto Apud CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos.** Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02 jun. 2018.

imposição de um interdito proibitório à infidelidade. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o direito funciona como uma sofisticada técnica de controle das pulsões, e a imposição da fidelidade é uma renúncia pulsional. O interesse pela manutenção da família como base da sociedade leva o Estado a arvorar-se no direito de impor regras a serem respeitadas pelos cônjuges, inclusive durante a vigência do casamento, na tentativa de amarrá-los dentro de uma estrutura pré-moldada.³⁸

O problema é que o dever de fidelidade não dá para ser exigido na prática, pois não há como obrigar ao consorte a não trair. Nada impede de que através de um adultério a conduta gere danos morais, hipótese na qual o traído pode demandar uma compensação em face do parceiro infiel, jamais do terceiro amante, pois os deveres de fidelidade da relação são *intra partes*, não alcançando terceiros. O seu fundamento está no princípio da solidariedade familiar. Com o casamento busca-se que um auxilie o outro e o respeite. Sobre este dever, Flávio Tartuce *Apud* Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, assim conceituam:

Outro efeito gerado pelo casamento é o da mútua assistência, que consiste, essencialmente, em ajuda e cuidados nos aspectos morais, espirituais, materiais e econômicos. Tais deveres expressam-se em vários momentos da vida familiar, como no cuidado do outro quando enfermo, no conforto prestado nas adversidades e vicissitudes da vida, compartilhando dores e alegrias. Assim, é um dever de conteúdo ético, variável historicamente conforme os costumes de uma sociedade em dado tempo e determinado local.³⁹

A ajuda deve ser tanto de aspecto material quanto imaterial. Ambos os conjugues devem ajudar nas despesas do lar, na medida do seu respectivo patrimônio, independente do regime de bens e também na educação, sustento e o zelo dos filhos. É o que dispõe os artigos 1.568 e 1.566, V, do Código Civil. E ainda pouco importa se a construção do patrimônio comum foi decorrente do labor direto do homem e também da mulher, pois se entende que a circunstância de manutenção da relação já presume que o consorte contribuiu ao menos imaterialmente com a construção do patrimônio. É bem por isto que na divisão de bens decorrentes do divórcio deve-se analisar o marco interruptor do afeto real entre o casal (seja por parte de qualquer um deles, já que o divórcio é também ato unilateral) que funcionará como termo temporal para dizer o início e o término da relação afetiva, para poder concluir quais foram os bens adquiridos em sua constância. Em fim, existem mais normas sobre a divisão destes bens, todavia o que se quer deixar exposto neste tópico é que o afeto, como

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

³⁹ FACHIN, Luis Edson *Apud* TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 76

elemento da relação amorosa do casal, dita mais as regras sobre a divisão do bens do que a própria contribuição laborativa para a aquisição dos mesmos. Desta forma, aquele consorte que “só ficou em casa” pode ou até deverá fazer jus a quota de partilha, conforme as razões já explicadas.

Nas questões de parentesco por filiação o afeto produzirá consequências jurídicas tanto quanto parecidas com o parentesco biológico. Assim, por exemplo, caso alguém desenvolva laços afetivos para com uma criança e vice versa (posse de estado de filho), tratando-a como filho e pai, a consequência, conforme se extrai do código civil (artigo 1.593) é de qualificar a relação como de parentalidade, produzindo os mesmos efeitos se a criança fosse descendente. É a chamada paternidade ou maternidade socioafetiva. Assim diz o citado dispositivo: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”⁴⁰. A referida paternidade por afeto se enquadra na parte final do dispositivo, *outra origem*, palavra esta de conteúdo aberto utilizada pelo legislador para abarcar outras modalidades filiatórias que ele não pode prever.

Corolário do artigo 1.593 é o de número 1.596: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Por intermédio dele fica vedado aos pais dar tratamento desigual a quaisquer de seus filhos, aí incluído os de vínculo adotivo, biológico e socioafetivo. É mais uma prova da teoria da desbiologização dos vínculos familiares, não havendo motivos que justifique que o critério filiatório biológico pressupõe estar acima de qualquer outro reconhecido pelo direito. Sobre este fenômeno, Rolf Madaleno, *Apud* André Aldrovandi e Rafael Lazzarotto Simioni, esclarece:

Por fim, não pode ser descartado o importante fenômeno da desbiologização da família, em que a filiação socioafetiva tem preponderado sobre vínculos unicamente biológicos e que já se faz presente na adoção judicial, adoção à brasileira e na reprodução assistida, a demonstrar que a identidade biológica cede espaço social e jurídico para uma nova base de unidade familiar escorada no valor supremo do afeto em sintonia com o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente.⁴¹

Depois de reconhecido a paternidade, seja de que origem for, fica vedada aos pais revogar a sua perfilhação, conforme artigo 1604 do Código:

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 out. 2017

⁴¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 732

Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro e desde que em tempo suficiente antes de configurar algum vínculo socioafetivo entre o homem e a criança.

Tal regra visa proteger o interesse da criança que não pode ficar desamparada. A paternidade ou maternidade socioafetiva vem tomando tanta relevância que o Supremo Tribunal Federal admitiu que um filho pudesse ter mais de um pai ou de uma mãe, um pelo critério socioafetivo e outro, cumulado, com o do biológico.

Muitos divorciados ao constituir uma nova família indo morar com seu novo companheiro, acaba levando a sua prole para o lar, formando uma “família mosaico”. Acontece que a criança pode se dar bem afetivamente com o enteado ou enteada e vice e versa, retribuindo carinho e dedicação, passando a reconhecê-los mutuamente como pais e filhos. Nestas situações a criança acaba considerando existir dois pais ou duas mães, aquele de sangue, que muita das vezes o filho não mais tem contato, e o de vínculo afetivo; fazendo com isso possível o registro de ambos na certidão de nascimento da criança, sem exclusão, repita-se, dos de índole biológica. Assim, nasce o instituto da multiparentalidade, no qual cada vínculo produzirá os mesmos efeitos jurídicos ordinários, sem exclusão, inclusive no campo sucessório herdando de todos eles. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a multiparentalidade, que ao invés de uma mera teoria, agora é uma realidade social. Apesar de gerar muitos debates e críticas no sentido de o instituto poder ser usado exclusivamente para fins patrimoniais, ou seja, para qualificar-se como herdeiro, a multiparentalidade vem sendo admitida nos Tribunais. Sobre o tema, escreve Flávio Tartuce:

De fato, a tese adotada pelo STF possibilita tal caminho, tendo sido utilizado como argumento o princípio constitucional da paternidade responsável. Nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, “a paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7.º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos” (decisão publicada no *Informativo* n. 840 do STF). Ressalve-se, portanto, que deve ser mantido o vínculo com o pai socioafetivo, pelo que consta da tese ementada do julgamento. Em outras palavras, nota-se, mais uma vez, a possibilidade da multiparentalidade.⁴²

Outro tipo de vínculo não consanguíneo é o do filho nascido pela técnica de reprodução assistida heteróloga. Sobre a reprodução assistida heteróloga, a fecundação é feita

⁴² TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 12º ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2017. p. 266.

na mulher com um sêmen de um terceiro, autorizado pelo marido. É o que também ensina Rolf Madaleno:

Para efeitos de presunção de paternidade do Código Civil brasileiro, é *heteróloga* a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro. Entretanto, e para que não parem dúvidas, a cessão de material genético tanto pode implicar produto biológico do homem (espermatozoide), como da mulher (óvulos), mas o Código Civil dispõe exclusivamente acerca da presunção da paternidade na utilização de técnica de fecundação artificial heteróloga.⁴³

O artigo 1597, V, do Código Civil impõe a presunção de paternidade da criança dela nascida ao parceiro autorizador do procedimento “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Todavia há quem entenda não ser um caso de presunção como pondera Silmara Juny Chinelato, citada por Rolf Madaleno:

Para Silmara Juny Chinelato a prévia autorização do marido para a inseminação artificial heteróloga já retira da lei qualquer real noção de *presunção*, pois não há como reputar presumido o que foi expressamente consentido, porque nenhuma clínica irá aplicar a técnica da reprodução humana medicamente assistida sem o expresso consentimento, e se houve prévia autorização a retratação também precisa ser escrita, oficialmente comunicada, até porque o consentimento não é obrigatoriamente vitalício e irreversível, guarda limites temporais, condicionados à subsistência do casamento ou da união estável. A retratação do consentimento só pode ser admitida enquanto não ocorreu a fecundação, porque depois da concepção a lei põe a salvo os direitos do nascituro (CC, art. 2º).⁴⁴

Percebe-se daqui que o pai não terá nenhum um vínculo biológico com o filho nascido, o que nem por isso lhe impedirá de ser reconhecido como tal. O mais importante de tudo nesta modalidade familiar será o elo afetivo cultivado, servindo a técnica simplesmente para solucionar os problemas biológicos de infertilidade e esterilidade. O direito de família é um instrumento para a busca da felicidade de seus integrantes, não podendo ficar a mercê de empecilhos biológicos, ainda mais os que podem ser resolvidos por conta do avanço da medicina.

1.5.9 INSTITUIÇÃO DE NOVAS MODALIDADES FAMILIARES

⁴³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. ed. 7º. Rio de Janeiro: Editora forense, 2016. p. 813.

⁴⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. ed. 7º. Rio de Janeiro: Editora forense, 2016. p. 815.

Depois da promulgação da Constituição Federal e do Código Civil o afeto vem ganhando cada vez mais importância para o Direito de Família. Além do valor que já tem, a tendência é de valorizá-lo ainda mais, contribuindo para a justificação de novas modalidades familiares. Há instituições de novas modalidades familiares, produzidas pelo afeto, que faz praticamente “inovar a ordem jurídica”, ou até mesmo ir contra *legem*, como nos casos de união homoafetiva. Diga-se de passagem, antes de sua aceitação houve muita polêmica quanto ao artigo 226, §3º da Constituição Federal que expressa “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” pra impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar; a discussão girou entorno das palavras “homem” e “mulher” do citado dispositivo constitucional. Mesmo que a lei tenha estabelecido de forma contrária, o elemento afetivo falou mais alto, e ainda cumulado com os direitos constitucionais da igualdade, liberdade, vida privada e etc. esse tema já restou superado

Em fim, um dos novos arranjos familiares criados pelo afeto, que podemos citar, são as uniões poliafetivas, a multiparentalidade e a união homoafetiva. Analisar-se-á cada uma delas.

O poliafetismo consiste em matrimônio ou união estável entre mais de duas pessoas, de maneira consentida entre todos os envolvidos. No linguajar popular, seria um triângulo amoroso. Esta questão já foi enfrentada por cartórios e também por tribunais de justiça de nosso país. Sobre esta novidade, explica Rolf Madaleno:

Trata-se de um triângulo amoroso, constituído pela relação afetiva de um homem e duas mulheres, vivendo todos sob o mesmo teto, em convivência consentida e que no passado era veementemente reprimida e socialmente maculada como uma abjeta, ilegítima e antissocial poligamia.. O triângulo poliafetivo inspirou certamente seu contrato nos valores supremos da dignidade humana e no afeto, princípios constitucionais presentes na construção dos vínculos familiares, e quando a Carta Federal tutela a pluralidade familiar, justifica sua função a partir da promoção da pessoa humana, literalmente desencarnada do seu precedente biológico e do seu viés econômico, para fincar os elos psicológicos do afeto e sua comunhão contígua e solidária, os quais se sobrepõem aos valores materiais e hereditários valorizados no passado.⁴⁵

Se o poliafetismo fosse abordado há aproximadamente cinquenta anos atrás, o nosso direito os taxaria basicamente como um ilícito, semelhante a uma poligamia ou bigamia, além de rotulá-lo como crime de adultério. Todavia, nos dias atuais, isso vem sendo cada vez mais comum, assim como o homoafetismo, o que demanda dos nossos operadores do direito uma

⁴⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7º ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2016. p. 72.

visão pluriaberta e de respeito à vontade e realidade social. Ora, se em nossa sociedade existem muitos casais homoafetivos que desejam ser reconhecidos juridicamente como tal, por que lhes impor empecilhos? É melhor regularizar suas situações existenciais do que reprimi-las, penalizando-as. Essa foi a linha de raciocínio levada pelo Supremo Tribunal Federal ao admitir a união estável de casais homoafetivos, que também levou como fundamento os princípios da liberdade, da busca da felicidade, da isonomia e dignidade da pessoa humana e afeto. Um trecho do acórdão da ADPF 132 julgada em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal:

Os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer⁴⁶

Sempre haverá aqueles que discordam destas novas modalidades de família, principalmente por parte dos religiosos cristãos, por conta da doutrina bíblica que apresenta um modelo de família fixado na presença de um homem e uma mulher. Pensamos que toda manifestação religiosa é importante, desde que seja pacífica e respeitados os interesses alheios.

1.5.10 DEMAIS REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DE UMA ENTIDADE FAMILIAR, ALÉM DO AFETO

Apesar de o afeto ser o elemento principal, não é só ele que nutrirá uma relação de natureza familiar, necessita ainda da existência de uma estruturação psíquica, estabilidade e ostensibilidade.

A ostensibilidade é fundamental, porque de uma união estável, por exemplo, pode decorrer efeitos jurídicos para com terceiros. A Constituição Federal ao reconhecer em seu artigo 226, §3º, à união estável como entidade familiar, doutrina e jurisprudência criam esforços para equiparar a ela os mesmos efeitos jurídicos do casamentários. Todavia é necessário que a união seja pública ou ao menos registrada em cartório, por escritura, o seu respectivo contrato de convivência, para dá-la ciência aos terceiros. Isso tem grande utilidade

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. p. 60. Acesso em 25 out. 2017

prática, por exemplo, em um eventual contrato de garantia de fiança, que é exigida pelo artigo 1647, III, do Código Civil outorga uxória como condição de validade.. Esse debate já chegou a ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, decidindo que:

A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.⁴⁷

Só para ilustrar a citação acima, a decisão do Superior Tribunal de Justiça se pautou na dificuldade de identificarmos se uma pessoa vive ou não em união estável, não podendo exigir uma presunção de conhecimento de um fato que não é obrigado ser registrado em cartório, ao contrário do casamento, que se faz através de certidão pública.

Outro requisito é a estruturação psíquica, que significa consciência do lugar que cada integrante ocupa na relação. Em um casamento e em união estável o *animus* é diferente de um simples namoro, por exemplo.

E a estabilidade é a exigência de um relacionamento firme, fixo, diferentemente de um mero “ficar”, que é um estágio para uma futura relação. São conceitos abertos que dependerá muito da análise do caso concreto.

1.5.11 INFLUÊNCIAS DO AFETO QUANDO DA COLOCAÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES PARA COM TERCEIROS

Para finalizar este capítulo, é oportuno lembrar que o afeto também gera outras consequências no Direito de Família, como na guarda. Caso a criança não fique com nenhum dos pais, mas com um terceiro, deve verificar a afinidade e a afetividade que o curador terá com a criança. É o que dispõe o artigo 1.584 § 5.º do Código Civil:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida,

⁴⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão do Recurso Especial nº 1.299.894 – DF**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34367449&num_registro=201103122556&data=20140328&tipo=5&formato=PDF> . Acesso em: 22 out. 2017

considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.⁴⁸

É uma norma de conteúdo aberto. Não diríamos que é um hipótese de julgamento por equidade, mas é um caso em que o juiz possui uma discricionariedade maior para decidir sobre o melhor interesse da criança, desde que observados a diretriz da lei, devendo ser fundamentados na sentença, sob pena de nulidade.

⁴⁸ . BRASIL. **Lei 11349/2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em 19 fev. 2018

2. DO ATO ILÍCITO E RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Iremos aqui tratar das consequências da prática de atos ilícitos no direito de família, passando pelos conceitos dos mesmos para chegarmos ao tema do abandono afetivo e dano moral.

2.1. DO ATO ILÍCITO

O conceito de ilícito varia bastante da área penal para a civil, mas também tem vários pontos de interseção. No Direito Penal é diferente, dentre outras circunstâncias, não é todo comportamento que é rotulado como ilícito, mas apenas aqueles previstos em lei de forma taxativa e clara, não sendo admitida subsunção vaga, como a cláusula geral de não indenizar do Direito Civil.

Para o Direito Civil o seu conceito está fundado em dois elementos, um de ordem subjetiva e outro objetiva. O primeiro representa a antijuridicidade que consiste na contrariedade da conduta do agente com a norma de direito, e o segundo a imputabilidade, que é a capacidade de o agente compreender o caráter ilícito de sua conduta. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O imputável, ainda, possui capacidade psíquica de autodeterminação, detém discernimento, pois é livre para agir de outro modo. Haverá imputabilidade quando o autor do comportamento antijurídico for dotado de maturidade e sanidade. Ou seja, contar com 18 anos de idade e não ser pessoa portadora de transtornos mentais submetida ao regime de interdição.⁴⁹

Desta forma a imputabilidade atua sobre as circunstâncias pessoais do agente, e não sobre circunstâncias individuais do fato, como a consciência de que praticara um ilícito. Desta forma, os doentes mentais tidos como incapazes não praticam ato ilícito mesmo que a conduta ofensiva tenha se dado em momentos de transitória lucidez.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol.3. Bahia: Juspodivm, 2017.

2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Neste tópico analisaremos alguns pontos mais essenciais do instituto da responsabilidade civil, como seu conceito, evolução histórica, pressupostos, consequências, dentre outros.

A responsabilidade civil extracontratual se refere a obrigações de reparação ou sofrer penalidades, que decorre de um dever genérico, imposto a todos, de não causar danos. A grande diferença entre a responsabilidade civil contratual para extracontratual é que nesta não se violará um acordo de condutas firmado entre as partes, mas deveres abstratos já preestabelecidos pelo nosso direito, como o da proibição de causar danos que encontra guarida em dispositivos do nosso Código Civil, a exemplo do artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁵⁰.

Como na responsabilidade civil extracontratual não há um acordo de vontades já firmado de antemão pelas partes, o julgador fundamentará sua decisão em dispositivos de lei ou em normas correlatas do direito, como as doutrinárias e as jurisprudenciais, porque se assim não fosse, as regras de reparação de danos seriam a daquelas, supostamente, acordadas entre as partes, que fariam lei entre as mesmas.

2.2.1 DO CONCEITO E DO SEU FUNDAMENTO

Antes de começar a análise de qualquer instituto, é importante abordar seu conceito e o fundamento legal para vislumbrarmos os seus elementos constitutivos e da sua previsão em lei. O seu conceito liga-se na idéia de imputação, atribuindo a alguém o autor de um fato, geralmente negativo. Quando o fato praticado pelo agente exprime um juízo de reprovação, busca-se a reparabilidade dos danos, quando couber, compensação e ou sofrimento de penalidades, quando não é possível a restituição do fato ao *status quo ante*. Sobre o conceito de responsabilidade, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, assim preleciona:

A palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua

⁵⁰ BRASIL. **Lei 10.406/2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 fev. 2018

atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vincula, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais⁵¹

Não fugindo muito desses últimos autores, Sergio Cavaliere Filho conceitua a Responsabilidade Civil como “dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁵².

Para ele, o Direito impõe algumas regras de condutas, de forma abstrata, para as pessoas se comportarem, que se chama dever jurídico primário. A partir do momento que o dever jurídico primário é violado nascerá o ato ilícito, e se caso também resultar danos, configurar-se-á o dever jurídico secundário. É nesse último dever que aflora a responsabilidade civil.⁵³

Já o fundamento está na proibição de ofensa, ou seja, na vedação de ofender os bens jurídicos alheios, submetendo o agente a suportar as conseqüências de sua conduta, conseqüências essas que não se resume simplesmente a uma obrigação de reparar danos (em pecúnia), como exemplo o caso do artigo 1.648, inciso I, do Código civil que pune com a destituição do poder familiar os pais que castigam imoderadamente seus filhos: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho”⁵⁴.

2.2.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em certa época da sociedade vivenciava-se a cultura da vingança como modo de responsabilizar alguém. Quando alguma pessoa causasse algum prejuízo, a mesma era punida pelo grupo que pertencia, sofrendo uma lesão na mesma proporção de dano ocasionado, no espírito das regras da lei de Talião “olho por olho e dente por dente”. Muitas vezes nem se discutia o elemento subjetivo culpa, pois o almejo era a restauração do patrimônio desfalcado a *status quo* a qualquer custo, não sendo a toa que os conflitos geravam até morte, quando o lesante não tinha condições para reparar.

⁵¹ Gagliano, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona: **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30

⁵² FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 24.

⁵³ FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 23- 24.

⁵⁴ BRASIL. **Lei 11.340/2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 19 fev. 2018

Depois se percebeu que não era a melhor escolha cobrar a reparação à própria força, pois isso agravava o conflito já existente e nem sempre era eficaz. No sistema de hoje não se impera mais o costume de buscar reparação à própria força, mas pelo contrário, através de processo legal, respeitados direitos processuais fundamentais e constitucionais. E ainda mais sob a vigência do Novo Código de Processo Civil que prefere que o conflito seja resolvido até mesmo sem a presença do Estado-Juiz, exigindo o comparecimento das partes na audiência de conciliação e mediação, sob pena de multa, conforme artigo 334 *caput* e parágrafo oitavo e artigo 695.

Com o passar do tempo, a doutrina firmou novas teorias de danos e formas reparatórias. Hoje temos a teoria do risco, que busca reparação ou indenização mesmo decorrente de condutas lícitas; a teoria objetiva, que dispensa análise de culpa, dentre várias outras. Até o dano moral já sofreu mudanças, pois havia doutrina negando sua existência há mais ou menos trinta anos atrás. Todavia, com a promulgação da Constituição de 1988, encerrou-se qualquer controvérsia acerca da sua existência, vide art. 114, VI: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.⁵⁵

Enfim, o tema da responsabilidade civil não é estático, sofrendo influências do tempo e das mudanças sociais e culturais da sociedade.

2.2.3 DA SUA BASE LEGAL

Sobre a reparação civil do dano, são os artigos 927 aos 954 do Código Civil que propriamente dela. Os artigos 186 aos 188 são destinados a disciplinar os atos ilícitos. Ocorre que os deveres de reparar danos decorrem, em sua maioria, de atos ilícitos, mas nem sempre a responsabilidade delas pressupõe.

O artigo 186 do código civil está inserido no título III do Livro III da parte geral do código. Talvez isso possa dar a impressão de que o referido artigo conceitua ato ilícito, já que inaugura o título III que tem como tema “Dos Atos Ilícitos”. Na bem da verdade, o que o dispositivo elenca são os requisitos para se obter uma tutela reparatória de um dano perante do judiciário (conduta culposa, dano e nexo causal), pois o ato ilícito, como será mais bem

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 fev. 2018

aprofundado adiante, são compostos por tão somente dois elementos: antijuridicidade e imputabilidade. No Direito não existe apenas tutelas reparatórias, mas também inibitória a qual pressupõe somente um ato contrário ao direito, sendo o artigo 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil expresso em dispensar dolo, culpa e dano. Assim dispõe o respectivo parágrafo único:

Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

⁵⁶

Alguns artigos do código tratam de modalidades específicas de responsabilidade civil, como a do detentor de animal no artigo 936; responsabilidade civil objetiva dos pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis, do artigo 932 e etc. Apesar disso, os dispositivos desta lei não exaurem o tema, pois muitas regras e modalidades danosas são criadas e debatidas em nossa jurisprudência e doutrina, sendo algumas majoritariamente aceitas e aplicadas pelos tribunais superiores.

A nossa carta magna de 1988, que para muitos é considerada uma Constituição analítica, por ser extensa e tratar de temas que não teriam natureza puramente constitucional, reservou alguns artigos para tratar do assunto como o alínea d, inc. XXIII do art. 21 que prevê responsabilidade civil objetiva por danos nucleares: “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”⁵⁷; e o 5º, inciso X que assim diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁵⁸, protegendo constitucionalmente a violação de atos, seja por parte do Estado ou particulares, que viole a intimidade, honra, imagem e vida privada.

⁵⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 19 fev. 2018

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19/02/2018

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 fev. 2018.

2.2.4 DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A obrigação de reparar danos, geralmente faz pressupor a existência de uma conduta, nexos causal, resultado e de um dano, não se falando em uma responsabilidade civil extracontratual, sem esses três pilares

Por conduta, entende-se como uma ação de um movimento humano que causa modificação do mundo exterior. Ela pode se expressar de duas maneiras seja quando o agente pratica um ato que não deveria fazer, e aqui temos uma ação, ou quando se abstém de um ato que deveria ser feito, que é o atuar em omissão.

A conduta possui um elemento que é indispensável a ela, a voluntariedade. Por voluntariedade entende-se como uma ação com consciência do que está sendo feito e com capacidade de autodeterminação. Eventos da natureza, que estão fora da atribuição do homem, como a exemplo de um vento que arrasta um carro e derruba o muro do vizinho, não gera responsabilidade por possuir conduta por parte do proprietário do veículo, porque lhe falta consciência e autodeterminação, já que não teria como impedir a força do vento. Sobre conduta, escreve Sergio Cavaliere Filho:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.⁵⁹

Para ele, não tem sentido analisar a culpa fora do elemento conduta. E tem razão porque o melhor momento para analisar a culpa é quando verificamos a conduta do lesante, analisando se houve consciência e ou voluntária em causar o resultado.

A responsabilidade também necessita de um juízo de censura, para analisar se o agente poderia comportar de modo diverso. Aqui analisa-se a imputabilidade, que verifica se o agente tinha capacidade de entendimento e autodeterminação. Para Sergio Cavaliere Filho, a imputabilidade:

É, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento

⁵⁹ FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 42.

em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁶⁰

Por nexos causal entendem-se pelo vínculo existente entre a conduta e o resultado, identificando quais das condutas que provocaram o evento. É um elemento sempre imprescindível para imputar qualquer tipo de reparação, até mesmo na responsabilidade objetiva onde é dispensada a análise da culpa, mas jamais a do nexo de causalidade. Existem três teorias que tentam explicar o nexo de causalidade, a teoria de equivalência de condições, a da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta.

A teoria de equivalência das condições, não prosperou em nosso direito, por chegar a algumas conclusões absurdas. Ela propõe que causa é todo o acontecimento que sem o qual o resultado não teria ocorrido. Como o próprio nome já diz “equivalência”, ela não individualiza o efeito que cada ato da cadeia concorreu para o dano, equivalendo todos eles como se um só fosse. É identificada a causa quando usamos o instrumento da eliminação hipotética, no qual se eliminarmos mentalmente um ato da cadeia causal antecedente e percebemos que sem o mesmo resultado não ocorreria como ocorreu ou até mesmo não existiria, aquele até já é taxado como causa do resultado. Assim, um desafeto ministra um pão envenenado para seu inimigo, que por conta disso vem a óbito, a causa do evento seria o agente que deu o pão, o dono da padaria onde foi comprado, o padeiro que o produziu, a empresa que fabricou o trigo utilizado na receita e assim sucessivamente, retroagindo até ao infinito. Assim ensina, com outras palavras, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto:

À luz da teoria da equivalência dos antecedentes causais, todas as condições se equivalem, isto é, torna-se despiciendo averiguar a maior ou menor distância entre a conduta do agente e os efeitos, pois toda condição se converte em uma causa, por mais remota que seja sua condição com o dano. O comportamento pessoal é elemento *sine qua non* do resultado, ingressando na cadeia consequencial como necessário para o evento lesivo. Quer dizer, utiliza-se o método da eliminação hipotética de Thyren, para se concluir que o agente responde por todos os danos que não ocorreriam se mentalmente suprimido o fato.⁶¹

A teoria da causalidade adequada representa uma limitação à anterior (da equivalência de condições), isso porque ela não considera todos os atos anteriores que estavam na cadeia de produção do resultado, mas seleciona os atos mais importantes desta cadeia, aqueles que

⁶⁰ FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 42.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 4ª ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2017. p. 411

adequadamente contribuíram para a produção do resultado. Essa contribuição é analisada de maneira abstrata, de forma que se analisa se o ato por si só sem a conjuntura de mais componentes era suficiente para produzir o dano. Assim no exemplo acima, o dono da padaria não seria causa adequada para o evento morte, diferente do inimigo que ministrou o pão envenenado. E, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Para os adeptos desta teoria, não se poderia considerar causa “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado, conforme sustentado pela teoria da equivalência, mas sim, segundo um juízo de probabilidade, apenas o *antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso*.”⁶²

A teoria da causalidade direta trabalha com a conduta do agente para a produção do dano, analisando se o resultado produzido foi em razão dos efeitos imediato da conduta do lesante. Por efeitos imediatos e diretos, considera aquela que seja necessária para produzir o resultado, por não existir outra que justifique o ocorrido. Por isso, do comportamento do agente, devem-se compreender quais são os resultados normais que estão na linha de desdobramento causal da conduta. Por exemplo, se de uma simples lesão culposa por uma cotovelada dada num jogo de futebol, cometido pelo goleiro em uma jogada aérea, a vítima da partida é colocada na ambulância e no trajeto o veículo capota levando a paciente a óbito, não poderia responsabilizar o goleiro pelo evento morte, pois da lesão corporal leve por ele cometida não tem um desdobramento causal, dentro da normalidade, de matar alguém.

Apesar de haver muita controvérsia em nosso Direito parece ser a melhor escolha a adoção da teoria da causalidade direta, até porque ela é a prevista no Código Civil, no artigo 403, que diz:

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.⁶³

Vale ressaltar que existem teorias que buscam colocar um freio a determinadas imputações dadas pela teoria da causalidade direta, argumentando ser desproporcional responsabilizar o agressor por um resultado mais grave do que aquele que sua conduta teria potencialidade de causar em abstrato, resultado esse fora de seu âmbito de sua previsibilidade ou decorrente de uma causa exclusiva da vítima (ou qualquer outro fator fora da força do

⁶² Gagliano, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142

⁶³ BRASIL. **Lei 10.406/2002 (Código Civil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 19 fev. 2018

agente). É o caso daquele que solta uma bomba numa escola apenas com o intuito de fazer uma brincadeira, mas que no exato momento uma funcionária da escola, que sofre de problemas cardíacos, tem um susto e morre. Ou daquela pessoa que dá uma facada em alguém apenas para lesar, mas que por conta de um problema de hemofilia da vítima a mesma vem a óbito, circunstância essa não previsível para o lesante. Essa ganhou o nome de “teoria do resultado mais grave”, cujo ensina Anderson Schreiber:

De fato, tomando-se qualquer das teorias da causalidade, não resulta possível considerar o efeito, absolutamente imprevisível, decorrente de uma anormalidade congênita da vítima, como um efeito direto ou imediato ou necessário da conduta do ofensor, nem parece ser sua conduta a causa adequada ou eficiente do dano mais grave experimentado. Em outras palavras, mesmo que a fragilidade intrínseca da vítima não fosse suficiente a interromper a cadeia causal, excluindo integralmente a responsabilidade da gente, o resultado mais grave, em um exame normal de preponderância, derivaria principalmente da condição especial do lesado. Diante de “pequeno golpe” de que “resulte fratura do crânio em razão da fragilidade congênita do osso frontal”, a preponderância causal cabe à fragilidade congênita peculiar e não ao comportamento do agente⁶⁴

É uma questão de razoabilidade. Não cai bem condenar uma pessoa em razão de um comportamento ínfimo cause um resultado desproporcional que por muitas das vezes foi reforçado por circunstâncias fora do animo de vontade do agente. Falando nisso, relevante também analisar, dentro do nexos causal, as eventuais incidências de concausas e seus reflexos.

Precisa-se também levar em conta de que conjuntamente com a causa produzida pelo agente pode advir outra que possa reforçar na produção do resultado, atenuá-la ou suprimi-la. É a chamada concausas. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Apud* Sérgio Cavaliere Filho, que diz:

Trata-se de outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia nem interrompe o nexos causal, apenas reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal.⁶⁵

O instituto das concausas no direito civil possui a mesma construção axiológica que os penalistas utilizam na ciência do Direito Penal, mas não chegam às mesmas conclusões, porque a ciência do Direito civil trabalha com bens jurídicos e valores muito diferentes daquelas tuteladas pelo Direito Penal. Não entraremos em detalhes sobre as possíveis

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Ed. Atlas. São Paulo, 2007

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona *apud* FILHO, Sérgio Cavaliere. **Novo Curso de Direito Civil**. 12ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva., 2014. p. 151-152.

diferenças, para não escaparmos da proposta deste trabalho que restringe a trazer básicas explicações sobre alguns institutos de direito civil pertinentes ao tema.

As concausas dividem em duas espécies, as absolutamente independentes e as relativamente independentes, e quanto ao momento pode ser dar como preexistente, concomitante ou superveniente.

Na preexistente a causa efetiva é uma situação anterior à lesão que tem o condão de agravar a situação, como no caso da vítima hemofílica, que diante de uma lesão sangria, sua doença contribui para um eventual resultado morte. Na concomitante, a causa efetiva se dá no mesmo tempo da causa concorrente, como no caso daquele que lesa o seu inimigo, mas que ao mesmo tempo do envenenamento cai um objeto de um prédio encima de sua cabeça, matando-o. Na concausa superveniente, a causa que provoca o dano é posterior a que com ele concorre; dá-se, por exemplo, no caso da vítima que leva um tiro, mas ao chegar ao hospital ela também é vitimada por um erro médico.

Quanto às espécies, temos a absolutamente independente, que possui o condão de romper o nexo de causalidade da conduta do agressor para com o resultado. Para esta espécie não importa o momento, seja preexistente, concomitante ou superveniente. E a relativamente independente, que para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona “incide no curso do processo naturalístico causal somando-se à conduta do agente”⁶⁶, só teria o condão de romper com o nexo de causalidade e isentar o autor da reparação do dano quando ela for posterior e por si só tiver causado o resultado, como no clássico exemplo da pessoa que leva um tiro, que transportado na ambulância que sofre acidente e a vítima falece em razão do capotamento e não do disparo.

Já o resultado seria a consequência de uma ação, ou seja, o dano sofrido a qualquer bem jurídico, seja material ou imaterial. É um elemento imprescindível assim como o nexo causal, pois sem ele não há o que reparar ou indenizar. A primazia é de que o lesado ou bem preterido volte à situação de *status quo ante*, todavia isso nem sempre é possível, hipóteses nas quais a reparação passa a se dar em dinheiro, assumindo natureza de indenização. Se alguém causa danos a um carro de outrem, a prioridade de reparação é que se conserte o veículo para que fique com as mesmas configurações que existia antes da batida, e quando

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 12ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Pg. 152.

não é mais possível arrumar o veículo e ou não adquirir outro da mesma espécie a reparação em dinheiro toma vez.

Quando se trata de danos patrimoniais, a reparação em dinheiro é a ultima *ratio*, só aplicada quando não mais possível consertar o bem preterido ou adquirir outro fungível. Não pode ao credor ficar o livre arbítrio entre escolher a reparação total em dinheiro ou exigir o conserto do bem, o juiz só converterá o conserto ou a substituição de um bem pelo seu valor pecuniário, quando realmente aquilo não for mais possível ou existir uma justificativa razoável para tanto.

Já o pressuposto culpa se dá quando o agente atua com desprezo com sua conduta, agindo de forma reprovável, atingindo um resultado que era previsível e logo possível de ser evitado. O código civil e nenhum outro dispositivo de lei definem o conceito de culpa, só há a previsão de sua palavra no artigo 186 do código civil que se limita a dizer que o dano culposos deve ser reparado. Essa culpa referida pelo art. 186 é de natureza *lato sensu*, no qual abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. É um elemento tão importante que Sergio Cavaliere Filho chega a dizer que:

A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo. Vem daí a observação: a irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade a exceção.

E, sobre a diferença da culpa e do dolo para responsabilidade civil, como será melhor tratado, o mesmo autor escreve: Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado.⁶⁷

O dolo é o agir com consciência do que está sendo feito, prevendo suas consequências, onde agente emprega os meios necessários com vontade para que o resultado aconteça. É uma soma de elementos de consciência mais vontade.

Na culpa em sentido estrito ou em *strictu sensu*, o agente tem consciência do que faz, mas produz um resultado de que não era de sua vontade, o resultado só é produzido porque não agiu com seus deveres de cuidado, seja por imprudência, negligência ou imperícia.

⁶⁷ FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5º ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 50.

Corroborando com o que já foi dito acima, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, expressa que na doutrina tradicional a culpa é composta por três elementos, a voluntariedade, previsibilidade e violação de um dever de cuidado. Assim, eles explicam:

- a) voluntariedade do comportamento do agente – ou seja, a atuação do sujeito causador do dano deve ser voluntária, para que se possa reconhecer a culpabilidade. Note-se que se, se houver, também, vontade direcionada à consecução do resultado proposto, a situação reveste-se de maior gravidade, caracterizando o dolo. Neste, portanto, não apenas o *agir*, mas o próprio *espoco* do agente é voltado à realização de um prejuízo. Na culpa em sentido estrito, por sua vez, sob qualquer das suas três formas de manifestação de um dever de cuidado, sem que o agente tenha a vontade posicionada no sentido da realização do dano;
- b) previsibilidade- só se pode apontar a culpa se o prejuízo causado, vedado pelo direito, era previsível. Escapando-se do campo da previsibilidade, ingressamos na seara do fortuito que, inclusive, pode interferir no nexo de causalidade, eximindo o agente da obrigação de indenizar.
- c) violação de um dever de cuidado- a culpa implica a violação de um dever de cuidado. Se esta inobservância é intencional, como visto, temos o dolo.⁶⁸

No instituto da reparação, cada vez mais o sistema tenta desprender da culpa, para criar figuras reparatórias objetivas, porque mais importante do que discutir a culpa é a reparação do dano lesado. Com fundamento no princípio da solidariedade, tenta-se cada vez mais dispensar analisar culpa e a configuração de ato ilícito. Leva-se em conta que o ser humano tem que saber viver em sociedade, respeitar os bens jurídicos alheios de modo a empregar esforços a fim de evitar danos. Fica muito difícil para o lesado sempre ter que provar cabalmente a conduta do agressor e seu estado de culpa, o que lhe demanda até o ônus de produção de provas diabólicas, propiciando as ações reparatórias à improcedência. É por isso que o sistema atual de reparação tenta se preocupar menos com a o comportamento do agente causador do dano para dar primazia a reparação da lesão.

Tradicionalmente a responsabilidade civil trabalha com a culpa com uma concepção psicológica, para se no momento da lesão o resultado era previsível ao agente. Ela busca saber as condições pessoais do autor que cometeu o dano para então definir sua responsabilidade. O lesado terá que perquirir e provar o estado psíquico do autor e o nexo de imputação com o ato praticado, o que caí entre nós é muito difícil demonstrar. Por isso que essa concepção psicológica de culpa vem sendo substituída por uma concepção normativa de culpa.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 12ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva 2014. p. 183-184.

A tendência é evitar que uma fundamentação condenatória tenha que ficar presa ao estado psicológico do causador do dano. O melhor seria estabelecer parâmetros normais de conduta, que quando desrespeitados justifica a reprimenda. É uma prevalência de critérios abstratos e objetivos em detrimento dos de natureza subjetivas e concretas utilizados na concepção psicológica de culpa. Apesar de se buscar uma indenização que não tenha que ser fundamentada no estado psicológico da pessoa, é necessário fazer análises do seu grau de cuidado no momento do fato para comparação entre a sua atuação e os padrões médios de conduta esperados. Ou seja, o que precisa ser feito é este contraponto entre a análise comportamental do agente no caso concreto com uma conduta esperado pelo homem médio.

Assim sendo, a análise de imputação de um ilícito se diferencia, e muito, da seara cível para a do direito penal. No direito penal a sanção é trabalhada não só no *animus domini* do infrator como também na sua qualidade pessoal, preocupando-se mais com quem praticou o ilícito ao invés do próprio ato criminoso praticado, tanto é que a lei valora comportamentos do agente mesmo depois de sua conduta, como no caso da figura do arrependimento posterior que constitui numa causa de diminuição de pena para aquele que repara ou restitui a coisa até o recebimento da denúncia; e até mesmo condições pessoais dos infratores antes do cometimento do ato são levadas em conta, como se dá na agravante de reincidência, que se verificam quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado uma sentença penal em seu desfavor.

A culpa na responsabilidade civil pode ser um pressuposto dispensável, pois o legislador adota a teoria da responsabilidade objetiva para algumas modalidades reparatórias, como nas atividades que por sua natureza normalmente causa riscos e as decorrentes de acidentes nucleares, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do código civil e o artigo. 21 XXIII alínea “d” da Constituição Federal:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”⁶⁹

Compete à União: explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus

⁶⁹ BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 fev. 2018

derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;⁷⁰

São os casos de responsabilidade civil objetiva. Este instituto é cada vez mais crescente em nosso direito, pois a tendência é de cada vez mais criar figuras reparadoras que dispensam análise do animus do agente, por conta do princípio da solidariedade aplicada ao direito civil e da nossa sociedade cada vez mais de risco.

Quanto ao dano, nos limitaremos a tratar apenas sobre o seu conceito e alguns aspectos gerais, pois as consequências do dano, suas espécies e a reparabilidade serão mais bem analisados adiante.

O dano é uma lesão a um bem jurídico tutelado pelo Direito Civil, lesão essa que pode se referir a bem jurídico material ou imaterial, compreendendo, desta forma, também os valores existenciais da pessoa, como a personalidade. Os bens jurídicos tutelados são compreendidos por todos aqueles previstos pela lei, bem como os decorrentes dos princípios norteadores e os resultantes das técnicas hermenêuticas. Sem dano, praticamente não há o que responsabilizar, e também não há o que se falar em processo pois o pedido de reparabilidade será inadequado para resolver qualquer conflito, ocasionando a extinção do feito.

Se não há o dano, não cabe reparação e nem mesmo processo para discuti-lo, pois uma das condições da ação é o interesse de agir, que segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, “cabe ao autor demonstrar que o pedido pode trazer uma melhora na situação fática do autor, para justificar o movimento do poder judiciário”⁷¹. Como na petição inicial o autor tem que narrar todos os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, sob pena de preclusão, se constatado na inicial que daqueles fatos que se pleiteia reparação não há potencialidade de gerar dano reparável, o juiz logo reconhecerá a falta do interesse de agir, mais especificadamente sobre o aspecto adequação. Esse é um dos motivos que ajuda a reconhecê-lo como um dos pressupostos da responsabilidade civil.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 fev. 2018.

⁷¹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016. p. 74

2.3 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO COMETIMENTO DO ATO ILÍCITO

A principal consequência prática do ato ilícito é a reparação civil (desde que verificado seus pressupostos de indenização, mais especificamente o dano) cuja pretensão prescreve em 3 (três) anos, conforme artigo 206, § 3º, V do Código Civil: “Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil”⁷². O referido prazo interrompe-se com o despacho do juiz que manda citar o réu, e retroage até a data da propositura da ação, conforme o artigo 240, §1º do Código de Processo Civil: “A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação”⁷³

Para que o dano seja indenizável, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, como a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, a certeza do dano, a subsistência do mesmo e a sua atualidade, pois não tem como pedir reparação de um evento danoso que ainda nem chegou a ocorrer. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, explicam três desses requisitos de forma simplória:

- a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica- obviamente, todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito
- b) certeza do dano- somente o dano certo, efetivo, é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. Mesmo em se tratando de bens ou direito personalíssimos, o fato de não se poder apresentar um critério preciso para a sua mensuração econômica não significa que o dano não seja certo. Tal ocorre, por exemplo, quando caluniamos alguém, maculando a sua honra. A certeza do dano refere-se à sua existência, e não à sua atualidade ou a o seu montante.
- c) subsistência do dano- quer dizer, se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil. O dano deve subsistir no montante de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante.⁷⁴

Carlos Roberto Gonçalves, citando Lalou, ainda acrescenta que, em regra, o dano deve ser atual ou que, pelo menos, a reparação cabe para danos futuros de fatos presentes:

Segundo Lalou, atual é o dano que já existe “no momento da ação de responsabilidade. Em princípio, acrescenta, “um dano futuro não justifica uma ação

⁷² BRASIL. **Lei 10. 406/2002**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 22 fev. 2018

⁷³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 22 fev.2018.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 3. 12ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Pg. 84-90

de indenização”. Admite, no entanto, que essa regra não é absoluta, ao ressaltar que uma ação de perdas e danos por um prejuízo futuro é possível quando este prejuízo é a consequência de um “dano presente e que os tribunais tenham elementos de apreciação para avaliar o prejuízo futuro.”⁷⁵

Não basta apenas reparar o desfalque principal, deve-se também cumprir com as obrigações acessórias de correção monetária e juros, já que em nosso país é normal a desvalorização da moeda e a oscilação do poder de compra. Por isso um efeito automático da reparação é a necessidade de ressarcir-lo com todos os custos de juros e correção monetária. Tal obrigação está prevista no artigo 395 do Código civil: “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado”⁷⁶. Regra esta também estendida às obrigações reparatórias de natureza parcelada como das pensões alimentícias, devendo atualizar o montante a cada vencimento das prestações, conforme a súmula 490 do Supremo Tribunal Federal: “A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”⁷⁷.

Quando a indenização tiver natureza de pensão ela poderá ser fixada em salários mínimos, dando-se o reajuste de maneira automática, para assegurar os benefícios sociais que a Constituição objetiva, como a saúde, lazer, moradia, educação e etc. não cabendo a argumentação de que a vedação constitucional de vincular o salário mínimo a qualquer outra finalidade impeça sua utilização como parâmetro em demandas reparatórias civis extracontratuais de natureza alimentícia, pois o objetivo da Constituição Federal é o de evitar a utilização do salário mínimo para fins estranhos.

Sobre o termo inicial da correção monetária e juros, parece existir certa controvérsia. Há casos em que o lesado propõe uma ação de reparação de dano, fundamentando o valor em orçamentos ou mesmo em laudo técnico de algum especialista. Carlos Roberto Gonçalves sustenta que em casos de comprovação através de orçamentos, a correção contará do dia que o juiz recebê-lo e quando se tratar de laudo técnico, a partir de sua elaboração. Assim explica o referido doutrinador:

⁷⁵ Gonçalves, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6 11ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 329.

⁷⁶ BRASIL. **Lei 10.406/2006**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 fev. 2018

⁷⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em 20 fev. 2018.

Outras vezes, o lesado não desembolsa o numerário necessário ao pagamento das despesas e propõe ação de reparação de danos alicerçado em orçamentos fornecidos por firmas presumidamente idôneas. “Nestes casos, o *dies a quo* da incidência da correção monetária é a data do orçamento acolhido pelo Juiz, elaborado, naturalmente, com base nos preços vigentes na referida data.

Se o cálculo da indenização foi feito com suporte em algum laudo técnico, a correção monetária incidirá a partir da data de sua elaboração e não do ajuizamento da ação.⁷⁸

Esse não parece ser o melhor entendimento. O Superior Tribunal de Justiça distingue o termo inicial dos juros para com da correção monetária conforme a natureza do dano, se material ou moral. O termo inicial de correção monetária para danos materiais é a data do efetivo prejuízo, conforme súmula 43 do mesmo Tribunal: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”⁷⁹, e a correção dos juros se dá quando da ocorrência do evento danoso, conforme súmula 54: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”⁸⁰. Para os danos morais, a sistemática é diferente, e o termo inicial de sua correção monetária se dá desde o arbitramento do valor, conforme súmula 362: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.”⁸¹, e o termo inicial dos juros moratórios, no dano moral, segue a da súmula 54, desde a data do evento danoso: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”⁸²

Sobre o risco de o devedor não adimplir as futuras prestações como na de prestar alimentos, o Código de Processo Civil estabelece mecanismos para assegurar o direito do devedor. Trata-se da constituição de capital, onde o juiz irá resguardar bens, aplicações financeiras ou até desconto em folha de pagamento a fim de assegurar o adimplemento da obrigação. E quando for adquirido algum bem, o mesmo ficará gravado com a cláusula de inalienabilidade, a fim de evitar uma eventual dilapidação do patrimônio. Tal instrumento é disciplinado no artigo 533 do vigente Código de Processo Civil:

⁷⁸ Gonçalves, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 4. 7ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 338

⁷⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2743%27>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

⁸⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=541>>. Acesso em 21 fev. 2018

⁸¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=231>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

⁸² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=231>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

2.4 DO DANO MORAL

Nem sempre o Direito coincidirá com os valores da moral, todavia eles se associam em pelo menos dois aspectos, a uma ambos trabalham com a noção de normas, e a duas é a de que o direito costuma ser pautado na eticidade, elemento concatenado com a moral. Quando uma conduta fere a moral, o direito costuma a reagir, estabelecendo normas para vedar aquele comportamento. A palavra moral parece ter múltiplos significados, como os de relacionar com a identificação de comportamentos decentes, corretos, que vai ao encontro de regras estabelecidas pelos costumes cristalizados de uma sociedade; como relacionado àquilo que seja imaterial ou espiritual. Para o instituto do dano moral (no direito civil), vale mais o significado da moral como um bem imaterial e espiritual, pois como veremos refere-se a ofensas a valores existenciais - não patrimoniais da pessoa. Sobre o conceito de Dano moral, assevera Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁸³

E, segundo Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, entendem o dano moral como “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”⁸⁴. Com isso, por dano moral, entendemos ser uma violação a bens jurídicos não patrimoniais, que fere a personalidade da pessoa, cuja reparação se da, na maioria das vezes, em pecúnia, que leva em conta aspectos punitivos e pedagógicos da condenação.

Para então sabermos se alguém deve responder por dano moral devemos se voltar para a conduta do agente e analisar se a mesma feriu algum direito da personalidade do lesante. Concluir se a afronta a algum valor fere o direito da personalidade de uma pessoa pode gerar controvérsias, pois esses conceitos de personalidade jurídica e direitos da personalidade são construídos pela doutrina e perpassa pela análise da dignidade da pessoa humana, o que, diga-se de passagem, é tudo muito relativo a depender do julgador.

⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 107

⁸⁴ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; Netto, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**. 4ª ed. Bahia: Juspodvim, 2017. p. 301

A personalidade jurídica não se confunde com os direitos da personalidade. A personalidade jurídica é um atributo inerente a toda e qualquer pessoa a partir da concepção (conforme teoria concepcionista), para que alguém possa ser titular de relações jurídicas mais voltadas ao cunho existencial e ainda demandar proteções básicas, fundamentais à pessoa, assegurada pelos ditos direitos da personalidade.

Ela não se confunde com capacidade, pois essa última é a aptidão para a pessoa exercer os atos da vida civil de cunho patrimonial; e a personalidade jurídica é mais concatenado à titularização de direitos existenciais, dessa forma, por exemplo, uma criança, que recebe uma herança não poderá dispor do seu patrimônio, já que é administrado pelos seus pais (ou responsáveis), todavia essa mesma criança, mesmo que ainda não capaz de exercer os atos da vida civil e nem de ter plena consciência psicológica, pode sofrer um dano moral à sua honra e imagem, isso porque a mesma é titular de personalidade jurídica e de direitos da personalidade, independentemente de sua consciência e capacidade de sofrer dor. Sobre o conceito de personalidade jurídica, escrevem Cristiano Chaves de Fariass e Nelson Rosenald:

De maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível (aliás, é necessário) perceber uma nova idéia de personalidade jurídica. Com esteio em avançada visão civil-constitucional, a personalidade jurídica é o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade. A personalidade jurídica é, assim, mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna. Em necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna. Em necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota, destarte, na possibilidade de alguém (o titular) ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade humana.”⁸⁵

Dessa forma, assinalamos também que os direitos da personalidade emanam do postulado da dignidade da pessoa humana, servindo para sua tutela nas relações privadas, ou seja, o direito da personalidade serve para garantir proteção fundamental ao homem nas suas relações particulares. De outro lado, os direitos fundamentais, que também emanam do postulado da dignidade da pessoa humana, serve para tutelar o indivíduo, com proteção

⁸⁵ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 13º ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 135.

básica, em face do Estado; ou seja, nas relações públicas. É normal que muitos direitos da personalidade também sejam reconhecidos como direitos fundamentais, pelo motivo de que elas terem esse eixo em comum, que é a dignidade da pessoa humana.

Alguns direitos fundamentais são reconhecidos pelo ordenamento jurídico e outros são extraídos implicitamente pelos métodos hermenêuticos das leis e ou até inovados (criados) pela doutrina e jurisprudência. Direitos da personalidade mais comuns de serem peticionados são a honra, a imagem, o nome, a integridade psicofísica, integridade intelectual e etc. Todos eles são autônomos, o que isso quer dizer, nada impede a violação à honra e à imagem em um só ato, nascendo então duas compensações, uma pelo dano à honra e outra pelo dano à imagem da pessoa, isso porque os bens jurídicos afetados são distintos, a imagem “cuida da proteção conferida à pessoa em relação à sua forma plástica e aos respectivos componentes identificadores (rosto, voz), que individualiza na sociedade”⁸⁶ e a honra se relaciona com a boa fama social da pessoa, o prestígio em sociedade, como também o seu valor moral íntimo, a honra subjetiva.

2.4.2 RECONHECIMENTO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

Antes da Constituição de 1988 havia uma resistência por parcela da doutrina em reconhecer o instituto do dano moral sob o fundamento de ser difícil reconhecer a sua própria existência, de fazer análise rigorosa do abalo moral, da impossibilidade jurídica de reparação justa e etc. Todavia, argumentos como esses já são refutados e superados pela doutrina.

Quanto à impossibilidade de análise da existência do dano, é um fator superado. Uma das técnicas é a da *in re ipsa*, no qual incumbe ao autor demonstrar os fatos violadores do direito da personalidade para que o dano decorrente lhe seja presumido.

Também há doutrina que refuta indenização pecuniária por dano moral, sob o argumento de não ser possível calcular matematicamente, de maneira objetiva, o dano à personalidade. Apesar de concordamos que de fato é impossível a chegar a um valor exato do abalo, pensamos que esse entendimento não prevalece, porque é da essência do dano moral ser compensados e não indenizados por ser impossível voltar ao *status quo ante*, como bem assinada Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto de Braga Netto:

⁸⁶ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil**, 13º ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203

Até mesmo falar de indenização nesses casos é impróprio. Indenização vem do latim, *in dere*, que significa voltar ao estado anterior, ao *status quo ante*. Ora, essa volta é possível no dano material, mas é completamente impossível no dano moral. Esses danos, conceitualmente, não tem volta. Por isso é que se diz que os danos morais são compensáveis, mas não são ressarcíveis⁸⁷

E também, este entendimento levaria à injustiça, uma vez que o lesante restaria de portas abertas a causar dano moral sem que isso lhe acarretasse qualquer sanção, pela simples justificativa de ser impossível quantificar um valor exato do abalo. E ainda, Maria Helena Diniz sustenta que não se repara a dor e o sofrimento, o dinheiro serve mais para amenizar, alguns prejuízos irreparáveis:

não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano. Não se pergunta: Quanto vale a dor dos pais que perderem o filho? Quanto valem os desgostos sofridos pela pessoa injustamente caluniada?, porque não se pode avaliar economicamente valores desta natureza. Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores, a fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu⁸⁸

Mas, a partir da atual carta magna, não há dúvidas quanto à sua modalidade, já que o texto da Constituição prevê expressamente no artigo 5º, X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁸⁹. Ademais explica Caio Mário da Silva Pereira:

Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. É de se acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos. Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.⁹⁰

⁸⁷ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; Netto, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**. 4º ed. Bahia: Juspodvim, 2017. p. 364

⁸⁸ Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 78

⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018

⁹⁰ Pereira, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 58.

E seguindo essa trilha, o código civil de 2002 também previu no artigo 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁹¹. Com essas duas previsões, não cabe mais nenhum argumento que sustente sua inexistência.

2.4.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DANO MORAL

As consequências jurídicas dependem do momento da afetação, da extensão do dano, do direito da personalidade violado e etc. O julgador deve atentar-se aos efeitos pedagógicos da responsabilidade civil, e para poder melhor educar o lesante deve ser aplicado a melhor consequência capaz surtir efeitos práticos punitivos e preventivos – que também evitem a reiteração do comportamento.

No caso de ameaça, o titular do direito pode se valer da tutela inibitória e então as consequências para o lesante variará conforme os instrumentos fixados pelo juiz para impelir o comportamento ilícito, que pode se dar como mandado de distanciamento, astreintes, restrição de direitos e etc. alguns até sustentam prisão civil. Aqui os instrumentos são de natureza estritamente processual, porém no campo fático é inevitável que o réu sofrerá consequências negativas. A melhor solução é esta, através da tutela inibitória, no sentido de que “prevenir é melhor do que remediar”, porque se for fazer justiça após a ocorrência do dano, a compensação e a punição não surtirá ótimos efeitos pedagógicos nem recomporá com gratidão a lesão sofrida.

Depois que já consumado a lesão, só lhe resta ao autor socorrer-se da tutela reparatória (se quiser), que diga-se de passagem, não é em essência reparatória, porque o termo reparar tem conotação com a função de retroceder ao passado, ao status anterior. Aqui se encontra basicamente o “calcanhar de Aquiles” do instituto do dano moral... qual seria a tutela reparatória (compensatória) cabível? Condenar ao réu a prestar o que? A pedir desculpas? A pagar uma quantia em dinheiro? O quanto de dinheiro (valor)? Tem limite? E o princípio da vedação do enriquecimento sem causa? Qual é o efeito disso tudo? Tem como reparar um abalo moral? Essas análises caberão de ser feita pelo juiz; talvez o dano moral seja um dos institutos do direito brasileiro que mais confere poderes ao juiz de aplicar o direito sem lei *strictu sensu* ao caso concreto. E assim tem que ser, pois não dá para o legislador tabelar o

⁹¹ BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 17 fev. 2018

dano moral nem prever todos os casos concretos. Só que essa conferência ao juiz causa insegurança jurídica e decisões heterogêneas com fatos semelhantes.

Enfim, no caso concreto competirá ao juiz valorar a melhor tutela reparatória: pode fixar em dinheiro, em obrigação de fazer ou qualquer outra providência por parte do Estado ou do particular. A tutela compensatória de danos repita-se, serve mais para amenizar os prejuízos sofridos pela vítima, sem excluir os efeitos pedagógicos e punitivos como será mais bem analisado.

A pena civil é diferente da prestação compensatória porque o objeto tutelado são diferentes e os objetivos a alcançar também não são os mesmos. Como dito acima a compensação busca amenizar o prejuízo sofrido pela vítima por questões de justiça, com alguma prestação de dar ou fazer, pois muito melhor dar alguma vantagem à vítima, mesmo que em uma prestação simbólica, do que deixa-lá de mãos atadas.

Enquanto a tutela punitiva olha para o ilícito cometido, a compensatória foca no abalo sofrido pela vítima. É na pena civil que se concentra a função pedagógica da responsabilidade civil e a retribuição pelo ilícito. Explicando a diferença sobre a sanção punitiva e a reparação, explica Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenlvad e Felipe Peixoto de Braga Netto:

A melhor forma de se encontrar uma noção autônoma para a sanção punitiva civil é justamente a demonstração de sua distinção quanto à reparação de danos, ambos operando em planos diversos com os seus próprios desideratos. A pena como retribuição ao autor do ilícito, a reparação como reação ao dano e seus efeitos. Se a pena e a reparação fossem instrumentos alternativos à escolha do lesado, poder-se-ia justificar a opção entre um e outro – tal como se dá entre a resolução do contrato e a tutela específica (art. 475, CC). Porém, a própria distinção nos planos estrutural e finalístico permite a cumulação entre a reparação e a pena privada.⁹²

Dessa forma nada impede que o autor escolha entre reparar o dano ou simplesmente demandar uma condenação a título de pena civil em face do lesado como forma de retribuir o injusto, isso porque os institutos são diferentes. É a mesma diferença que há no dano material e moral, que podem ser compensados ou demandados isola ou cumulativamente; não há confusão. Os mesmos autores supra citados explicam:

Assim, a incidência de uma sanção punitiva pela prática de um ato ilícito poderá ser fonte de responsabilidade civil, independentemente da aferição concreta de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, seja por não existirem ou serem difícil percepção. Vale dizer, a função sancionatória se dará cumuativamente, lateralmente à função

⁹² Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; Netto, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**. 4º ed. Bahia: Juspodvim, 2017. p. 378-379.

reparatória da responsabilidade civil, ou mesmo à margem desta. Nesse caso, haverá a responsabilidade civil sem dano. A pena constitui uma punição pela transgressão da norma, enquanto a reparação persegue unicamente a restauração da lesão praticada por outro sujeito. A condenação a uma pena civil aquiliana não guarda relação com os valores apurados a título de indenização por danos patrimoniais ou compensação de danos extrapatrimoniais. Inexiste liame obrigatório entre estas figuras, apesar de na prática caminharem juntas. Aliás, sequer haverá a necessidade da constatação de danos reparáveis para que o magistrado estipule uma sanção punitiva no âmbito da responsabilidade civil⁹³

Nesses termos reputamos como verdadeira e possível a caracterização de uma responsabilidade civil sem dano. O único problema é que pode surgir argumentos no sentido de que isso poderia caracterizar um enriquecimento ilícito ou sem causa, já que o lesado pleitearia duas indenizações, a pelo dano sofrido e outra a título de pena civil, recebendo uma quantia a maior indevida. Pois bem, pensamos que não caracterizaria bem um enriquecimento ilícito porque as causas que geram as duas condenações têm fundamentos autônomos e distintos, uma visa reparação do dano provocado pelo ilícito e a outra é dissuadir o próprio ilícito, e além do mais há norma jurídica para embasar a teoria da pena civil, visto que há muita doutrina com esse entendimento e o enriquecimento sem causa apenas surgiria quando uma condenação fosse proferida sem qualquer embasamento no direito. Mas é claro que não pode dar ao réu a possibilidade de se valer desses argumentos para conseguir “um bônus” a mais, sob pena de abraçar uma indústria de dano moral.

2.4.3 CRÍTICAS SOBRE A EFETIVIDADE DO USO DO DANO MORAL COMO MEIO COMPENSADOR

Reconhecer validade a um instituto não é o mesmo de reconhecer sua eficácia e nem dos efeitos. Neste trabalho nos preocupamos mais com os efeitos do instituto do dano moral.

Parece ser válido, razoável e prudente, em até certo ponto, compensar um abalo moral com alguma prestação (condenação) de pagar ou fazer, todavia não pode se esquecer que nem sempre é possível executada-la (adimplir), e mesmo que o for, talvez não seja capaz de ser instrumento de prevenção e dissuasão para novos ilícitos. Conseguir atingir perfeitamente os objetivos ideais da condenação fazendo com que a pessoa se arrependa de sua conduta e ao mesmo tempo mostrando à sociedade suas conseqüências, intimidando-as a não cometer o mesmo, além de conseguir pautar num montante razoável e etc. é quase impossível. O próprio processo civil divide seu rito em pelo menos duas fases, uma de conhecimento e a outra de

⁹³ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; Netto, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**. 4º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017. p. 378

execução e ou cumprimento de sentença, porque a mesma tarefa de reconhecer o direito ao caso concreto e não se assemelha a de colocá-la em prática - executar o próprio direito; boa parte das decisões não consegue sequer ser executadas, por falta patrimônio ou por não localizar bens do devedor.

Enfim, mesmo que a condenação por dano moral seja exitosa na fase de cumprimento de sentença, adimplida pelo réu o disposto da sentença, ainda nos resta uma pergunta: e depois de cumprida (a sentença), pode-se dizer que o processo fora útil? Será que dali por diante o conflito entre as partes será apaziguado e o vencedor ficará cem por cento contente? Em alguns casos parece que a referida condenação consegue cumprir um bom papel, em exemplos como de violação à imagem e ou à honra... Se algum jornalista, que goste de difamar as pessoas (existe muito disso no Brasil) imputa falsas informações a outrem, e por ventura o venha a ser condenado, é natural que o mesmo jornalista comece a rever seus atos, pois afinal a cada novo ilícito será um novo constrangimento no judiciário – uma nova condenação. O mesmo vale para companhias de energia. Quando algum consumidor sente-se lesionado por falta de luz, propõe uma demanda e ao final recebe uma indenização por algum dano moral sofrido em razão do corte, logo natural é que a mesma companhia passe a concentrar esforços para evitar novas falhas em sua prestação, pois isso abrirá chances para que oportunistas demande futuras ações judiciais se aproveitando para conseguir alguma vantagem. Enfim, em alguns casos nos parece que uma condenação pecuniária pelo abalo moral nos parece produzir alguns efeitos positivos.

Mesmo de sustentarmos acima que em certos casos o instituto do dano moral pode trazer efeitos positivos, entendemos que esse instituto é um tanto quanto viciado; não só a compensação em dinheiro (mas principalmente ela), mas também as outras formas de reparação podem apresentar alguns problemas, afinal estamos diante de uma tutela que busca compensar um abalo não perceptível no mundo dos fatos (intangível) por uma prestação material (dar, fazer ou não fazer), perceptível no mundo dos fatos. Nosso enfoque será na crítica da compensação do abalo moral especificamente em dinheiro.

Nós argumentamos que a compensação do dano moral é um instituto que já nasce um tanto quanto viciado e a doutrina, de um modo geral, assim reconhece, a começar a empregar a expressão “compensação” invés de ressarcimento mais comumente usada quando o assunto é reparação. É compensar com “alguma coisa” para tentar equilibrar a situação das partes; concede-se uma vantagem ao autor vencedor da demanda já sabendo que aquela “vantagem”

não é suficientemente adequada. Ou seja, se usamos o termo “compensar” quando nos referimos à reparabilidade do dano moral concluímos que não se trata de um instituto dos mais apropriados. Analisando de um modo geral parece não haver ver tantas complicações, mas quando passemos a enfrentar alguns casos práticos, alguns problemas ficam evidenciados. Analisaremos a seguir.

A começar, o artigo 12 do vigente Código Civil disciplina a conduta de ofensa a direitos da personalidade e da respectiva legitimidade para pedir tutela quando a ofensa é dirigida a pessoa morta. Assim é o referido dispositivo:

Art. 12: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.⁹⁴

Certos parentes têm legitimidade para reclamar ofensas aos direitos da personalidade dirigida ao morto. Sabemos que os direitos da personalidade são personalíssimos, iniciado com a concepção e terminado com a morte encefálica da pessoa, não transmitida com a herança. Todavia, no caso desse artigo o dano é de uma ofensa dirigida ao morto, mas que atinge seus familiares e pessoas próximas indiretamente ou por ricochete. Esse dispositivo é comumente aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça:

No entanto, esta regra comporta exceções, dentre as quais se sobressai a teoria do dano em ricochete hipótese em que embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a Integridade moral de terceiros, ensejando que a reparação possa ser reclamada não só pela vítima direta, mas também pelos ascendentes, descendentes e aqueles que se encontram em um círculo mais próximo de parentesco.⁹⁵

Pois bem, o dispositivo confere legitimidade a várias pessoas: conjuge qualquer parente em linha reta e colateral até o quarto grau, para reclamar o referido dano indireto. O problema é que com tantos lesados legitimados a pedir “reparo”, a distribuição de valores pode apresentar problemas. Se diante de uma violação à honra de uma pessoa morta, seu irmão seja o primeiro a pedir uma compensação por danos morais (em ricochete) num

⁹⁴ BRASIL. **Lei 10.406/2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 20 mar. 2018

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 275.016 - RJ (2012/0270024-7)**.

Disponível em :

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=dano+moral+ricochete+pessoa+morta&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 22 mar. 2018

montante, a título de exemplo, no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) cujo ressai vitorioso, é certo reconhecer, com na isonomia, que mais do que o irmão, o conjugue também faça *jus* ao mesmo montante (ou até mais), por ter convivido e compartilhado mais afeto com o *de cujus*? Bem provável reconhecer que o mesmo abalo moral sofrido pelo irmão do *de cujus* também fora causado ao conjugue (ou até mais). Dessa forma, o conjugue viúvo e o irmão farão *jus* à R\$ 80.000,00 respectivamente, que somados corresponde a 160.000,00 (cento e sessenta mil reais)? Parece-nos um valor muito exorbitante (mas tudo varia conforme o caso em concreto), e além do mais, futuramente pode surgir um outro irmão pleiteando mais R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)... com isso o valor da conta já subiria para R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e assim por diante; não parece ser desproporcional?

Para sanar essa discrepância, o que deveria ser feito? Será a solução é do primeiro autor (irmão) tirar uma parcela dos oitenta mil recebidas para ajudar a compensar o dano moral do segundo lesado, que no caso é o conjugue? Seria um absurdo; ou deveria o conjugue receber uma indenização a menor, por não ter sido o primeiro a demandar? Como compatibilizar essa situação com a igualdade? Isso tudo sem contar que situações como essa permitiria concluir que o autor do ilícito fosse condenado a prestar um valor que não houvesse proporção com sua conduta, violando dessa forma o próprio nexo de causalidade, no sentido de ser compelido a pagar uma quantia em dinheiro que se ultrapassa a quantia de seu dano produzido. Além do mais, uma falta de coerência na interpretação do dispositivo permitiria uma falta de segurança para o réu, pois ele poderia ser demandando em um momento por alguns dos co-legitimados e depois de achar que o conflito já tenha sido resolvido, o mesmo seria oportunado em um próximo processo e novamente condenado, até chegar em uma situação em que o réu não sabe mais quantos processos terá que responder para encerrar de vez a lide. Enfim, apensar de a lei trazer boas intenções ela não resolveu como que ficaria a distribuição da compensação o que é difícil até para o próprio legislador em determinar alguns critérios objetivos, pois a natureza do próprio instituto não colabora - dano moral - que dificilmente comporta, sendo até duramente resistido pela doutrina, qualquer pré-estabelecimento de quantificação objetiva de compensação, sob o argumento de violar o princípio da reparação integral.

Outra situação que pode causar problema é do dano moral coletivo, uma figura nova no direito brasileiro que enxerga um dano moral a um grupo de pessoas independentemente dos danos apurados a cada ser individualmente. Para sua configuração deve estar comprovado que o dano ofendeu direitos de toda uma sociedade, como o meio ambiente equilibrado; bens

de valores artísticos, estético, histórico, turístico e paisagístico; infração a ordem econômica e financeira; ou qualquer outro direito difuso ou coletivo⁹⁶. Não nos parece que o dano moral coletivo tutela direitos da personalidade, pensamos apenas que o legislador quis estender o dano moral para àquelas situações definidas na lei de ação civil pública para melhor assegurar proteção àqueles direitos, porque o dano moral próprio nos parece corresponder somente os que compensam danos de ofensas a direitos da personalidade de cada ser humano, exclusivo detentor de dignidade.

O problema do instituto do dano moral não é só isso, mas a sua forma de compensação. Como o dano moral coletivo é autônomo para com relação ao dano moral individual, é possível que de uma única conduta decorra duas naturezas “compensatórias”, uma em favor da coletividade e outra a cada indivíduo que se sentiu abalado. Pois bem, a título de exemplo, suponhamos que um laboratório produza um lote de remédios viciados e desse ilícito o condutor é demandado pelo Ministério Público, através de uma Ação Civil Pública, cujo é responsabilizado, a título de danos morais, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Paga-se a quantia a um fundo social (pois, como se trata de um processo coletivo, o valor não pode ir para conta de um indivíduo, deve ser revertido para “coletividade”) e o processo encerra-se. Todavia, posteriormente, o mesmo laboratório é oportunado com novas demandas, mas desta vez dos indivíduos consumidores que compraram e ingeriram o referido medicamento viciado, no qual postulam indenizações a título de danos morais, no qual uma delas quer valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) outra R\$: 8.000,00 reais e assim por diante.

O problema é que assim a situação do laboratório se agravaria, ficaria compelido a pagar valores exorbitantes, chegando a ponto em que o demandado desposaria de um valor desproporcional ao prejuízo que realmente causou, violando a razoabilidade da reparação. A base desse argumento está artigo 944 do código civil onde dispõe que a indenização mede-se pela extensão do dano, para logo em seguida dizer (em seu parágrafo único) se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização⁹⁷. O dispositivo só fala em redução em casos de culpa mínima ou leve... mas, seria possível, estendendo o alcance da lei, também reduzir a indenização com base tão somente em critérios de razoabilidade? É o que já se debate na doutrina que inclusive foi tratado em um enunciado do conselho da Justiça Federal. Sobre a

⁹⁶ BRASIL. **Lei 7.347 de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018

⁹⁷ BRASIL. **Lei 10.406 de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 22 mar. 2018

discussão já pondera Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto de Braga Netto:

O objetivo do debate que aqui se instala é indagar se mesmo fora do contexto normativo do referido dispositivo haveria espaço para aplicar a mitigação da reparação de danos com fundamento na equidade. Mas especificamente, em inusitadas situações nas quais o contexto do agente e da vítima denuncie a ausência de merecimento na incidência da reparação integral, pela ofensa a parâmetros de razoabilidade.⁹⁸

Com base na equidade, entendemos ser possível aplicar a lógica do referido dispositivo para casos além da culpa grave. Nesse sentido o enunciado 456 do Conselho de Justiça: a redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.⁹⁹ Com esse raciocínio sustentamos que não caberia uma empresa ter que indenizar em um montante para além da potencialidade de sua conduta, mesmo que possua excelente condição financeira para tanto.

Outra discussão, mais relevante, que envolve o instituto do dano moral, é sobre a sua forma compensatória. No Brasil é costume os operadores do direito trabalhar bastante com a compensação pecuniária, ou seja, de trocar o abalo moral por uma quantia em dinheiro; aliás, os advogados e as partes adoram pedir este tipo de compensação, tanto é que se tem quase uma verdadeira indústria de dano moral. Parece que poucos se preocupam e trocar a prestação pecuniária por outras obrigações de fazer. Há doutrina provando que a prestação pecuniária não é a melhor escolha, que há outros caminhos e pedidos que possam desempenhar um tutela mais eficiente, como alisar-se-á em seguida.

Anderson Schreiber, em um artigo denominado Nova Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira, também reconhece uma dificuldade da compensação pecuniária do dano moral, e sustenta uma despatrimonialização do mesmo:

As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelam a flagrante contradição de que a cultura jurídica brasileira, como ocorre na maior parte do mundo, reconhece a natureza extrapatrimonial do dano,

⁹⁸ Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; Netto, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**. 4º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017. p. 250

⁹⁹ BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 22 mar. 2018

mas insiste em repará-lo de forma exclusivamente patrimonial, por meio de indenizações em dinheiro.¹⁰⁰

O citado doutrinador argumenta que já é cultura no Brasil e em muitos países compensar tão somente com dinheiro o abalo moral, todavia esse raciocínio tem que mudar, assim como outros institutos da responsabilidade civil passaram por transformação, como a culpa e o nexo de causalidade. Ainda continua o citado jurista:

Diante dos tormentos da quantificação e da inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, a doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessidade de buscar meios não-pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, associem-se a ela no sentido de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral.¹⁰¹

Uma das melhores saídas seria optar para a retratação pública, como disciplina a lei de imprensa, que apesar de não valer mais em nosso ordenamento, não o impossibilita de ser feito. Dependendo da situação, esse ônus trás até uma melhor tutela jurisdicional.

Às vezes o problema nem está na forma de reparação, mas na própria responsabilidade civil em si, pois haveria que se pensar em procurar outros mecanismos que talvez sejam até melhor para resolver os conflitos e reparar o dano. Nesse sentido posiciona-se Anderson Schreiber:

O crescente reconhecimento pela ordem jurídica de outros instrumentos, diversos da responsabilidade civil, que podem ser opostos aos danos injustos. Neste sentido, fala-se hoje, por exemplo, em *prevenção* e *precaução* de danos, ressaltando-se a importância da eliminação prévia dos riscos de lesão, por meio de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória¹⁰²

Tem países que vai mais além com instituição de seguros privados obrigatórios e mecanismos de seguridade social. Continuando, ainda o mesmo autor:

Discute-se, sobretudo na esteira de influências estrangeiras, a instituição de mecanismos mais intensos de seguridade social, e de seguros privados obrigatórios,

¹⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. **Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. **Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018

capazes de garantir às vítimas de determinados danos reparação pelos seus prejuízos sem a necessidade e as vicissitudes do recurso à responsabilidade civil¹⁰³

Se a compensação pecuniária por dano moral não parece funcionar bem nas demandas ordinárias, talvez muito menos de certo na área familiar, que são constituídas por relações muito mais estreitas e particulares. No Direito de Família, ingerências estatais como essas tem que ser feita com cuidado, pois os conflitos nela envolvidos são muito melhor solucionados pelos seus próprios membros. E ainda mais, ficar demandando prestação pecuniária por qualquer ofensa por dano moral trás mais complicações do que soluções.

E para finalizar, uma indagação parece ser feita. Por que travar uma discussão para pleitear uma quantia em dinheiro? A pensão alimentícia já não faria às vezes? Neste sentido já analisou o Superior Tribunal de Justiça:

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, ao objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. Dessa feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.¹⁰⁴

Deve tomar cuidado com pedidos que tenham no fundo a tão só intenção de auferir vantagem monetária, desprezando a raiz do instituto que é a compensatória. Compensar dano moral não se faz só com dinheiro. Muitas vezes advogados tratam como se fosse perdas patrimoniais, solicitando uma compensação por danos morais como se o lesado tivesse sofrido um desfalque patrimonial certo, líquido e exigível de prontidão. Primeiro o réu paga alimentos, depois pode ser contemplado a pagar mais um quantia em razão do abandono, será que a maioria das pessoas tem dinheiro para pagar tudo isso? Ainda, se a condenação for de pouca quantia a parte contrária já não sairá satisfeita e o processo não agradará ninguém (se é que já agrada), isso quando haja patrimônio a executar.

É um problema querer aceitar facilmente construções jurídicas para que tirem patrimônio de outrem, porque a realidade brasileira é de uma população que ganha uma renda que não cobre os gastos necessários para viver com dignidade. O resultado disso é que a

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. **Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 – Mg**. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/4645/1/0175-STJ-003.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2018.

maioria não suportará e apresentará resistências em pagar tantas indenizações assim. A renda média do trabalhador brasileiro é de R\$ 2.100,00 (dois mil e cem) reais¹⁰⁵ e o ideal para sustentar uma família deveria ser de R\$ 3.752,65 (três mil setecentos e cinquenta e dois) reais, um valor de mais de 3,9 vezes que o salário mínimo, conforme estimativa do Deese analisando esta diferença entre o salário mínimo real e o necessário.¹⁰⁶ A renda da população brasileira está concentrado na mãos de poucos, a renda de 1% dos mais ricos é 36 vezes mais que a da outra metade dos mais pobres, e ainda são apenas 1% que possuem gaanho superior a R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil) reais mensais.¹⁰⁷

Em fim, falta gente que consiga arcar com tantos valores, no caso a da pensão alimentícia mais do referido dano moral por abandono afetivo. E ainda, a pensão já pode amenizar vários prejuízos decorrente da ausência de um dos pais, pelo menos de ordem material.

¹⁰⁵ Época Negócios. Disponível em: < <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/01/renda-media-do-trabalhador-brasileiro-sobe-para-r-21-mil-diz-ibge.html>>. Acesso em 24 ju. 2018.

¹⁰⁶ Economia Uol. Disponível em: < <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/02/07/salario-minimo-ideal-janeiro-dieese.htm>>. Acesso em 24 jun. 2018.

¹⁰⁷ Valor Econômico. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/brasil/5444749/ibge-renda-do-1-mais-rico-e-36-vezes-media-da-metade-mais-pobre>>. Acesso em 24 ju. 2018.

3. DO ABANDONO AFETIVO

Depois que o afeto ganhou tanta importância, o direito passou a regulamentá-lo. O afeto propriamente dito não é um elemento tratado pelas ciências jurídicas, isso porque o mesmo está relacionado com os sentimentos subjetivos da pessoa, assunto melhor abordado pela psicologia, psiquiatria dentre outras ciências humanas. Ainda, a palavra afeto não se confunde com afetividade, que é a expressão exterior dos sentimentos da pessoa (do próprio afeto), cujo direito considerou importante regulamentar; nesses termos escreve Ricardo Lucas Calderon:

A primeira delas pode ser realizada com a noção de afeto, que não possuiria uma conceituação estritamente jurídica, restando, com isso, como conceito restrito às ciências que tratam dos sentimentos humanos. Afetividade seria a manifestação do afeto, seu reflexo no mundo dos fatos. O Direito trabalha com fatos e os valora, daí a opção pela eleição da afetividade, que, na leitura jurídica, seria a expressão fática de um sentimento de afeto. A noção jurídica de afetividade, portanto, seria distinta da de afeto, que não possuiria conceituação pelo direito¹⁰⁸

Abandonar afetivamente, de modo amplo, é deixar a de expressar sentimentos, atenção, cuidado, mesmo que os referidos sentimentos não sejam totalmente voluntários. Esse conceito, por ser subjetivo, é muito divergente; o que é abandono afetivo para alguém pode não sê-lo para outro, sem contar que sua incidência depende e varia conforme o caso concreto. Em linhas gerais, Rodrigo da Cunha Pereira e Cláudia Maria Pereira trás algumas noções do que se funda o conceito:

Na assunção de seus papéis de pais, os genitores não devem limitar seus encargos ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo, sim, mas também cuidar da alma, da moral, da psique. Essas são prerrogativas do “poder familiar” e, principalmente, da delegação de amparo aos filhos.¹⁰⁹

Parece existir duas formas de abandono afetivo, uma quando os pais deixam de nutrir amor pela criança e outra quando deixa de cuidá-las. Bem por isso, surge doutrina no sentido de que o direito não deseja um afeto subjetivo, mas, ao revés, objetivo, nos mesmos moldes que se faz com a boa-fé objetiva, ou seja, valora mais as condutas exteriores, deixando de

¹⁰⁸ CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percorso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e efeitos**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 mar. 2018

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de Pão Vive o Homem**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

lado o estado psíquico. Tudo isso devido àquela antítese doutrinária que levanta a discussão de que os pais não são obrigados a amar o filho, de que o amor não seria um bem jurídico exigível, para logo ser totalmente descabida qualquer condenação de danos morais por abandono afetivo. Sobre esse instituto, diz Ricardo Lucas Calderón:

Na proposta que ora se sustenta, o princípio da afetividade jurídica objetiva está presente no nosso sistema jurídico com incidência no direito de família brasileiro. Sua objetivação exclui da análise do direito aspectos subjetivos da afetividade e centra sua verificação da presença de fatos signo-presuntivos que a manifestem. Seu substrato envolve relações de cuidado, entreajuda, respeito, comunhão de vida, convivência, manutenção da subsistência, educação, proteção, carinho etc.¹¹⁰

O raciocínio é o seguinte: o que importa é se no campo dos fatos os pais tratam a criança como se filho fosse, dando atenção, cuidado, carinho, educação e etc. e diante desse comportamento o afeto acaba por ser presumido, de maneira relativa, sem adentrar propriamente no mérito dos sentimentos intersubjetivos. Com esse dito afeto objetivo, presumido, insurge todos os consectários do afeto como princípio, e como princípio que é, decorre uma série de normas que cobram dos pais obrigações familiares. Enfim, nisso o abandono afetivo está mais fundamentado com o afeto objetivo, como foi acima explicado, tanto que é com base nele que o Superior Tribunal de Justiça abre um enorme debate sobre a possibilidade de sua compensação por danos morais. Este raciocínio é válido para as relação de pais com filhos, mas não entre conjugues, porque nesta é pautado no afeto real, fenômeno totalmente espontâneo, que jamais pode ser forçado pelo direito. Explica Paulo Lobo Apud Lucas Ricardo Calderon:

A afetividade, por seu turno, é dever jurídico a que devem obediência pais e filhos, em sua convivência, independentemente de haver entre eles afeto real. Como veremos, a afetividade não se confunde com o fato psicológico ou anímico do afeto, pois aquela, diferentemente deste, é um dever-ser e não apenas um ser.¹¹¹

Enfim parece ser uma argumentação razoável dividir o conceito de afeto para trabalhar a questão do abandono, pois temos duas afirmações, de cada lado, que parecem ser justificáveis, entre aqueles que defendem a incidência de dano moral pelo abandono afetivo e

¹¹⁰ CALDERON, Ricardo Lucas. Dissertação de Mestrado. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos.** Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 mar. 2018

¹¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto Apud CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percurso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto e Efeitos.** Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 04 jun. 2018.

os que são contras, primeiro é que os favoráveis parecem ter um pouco de razão quando argumentam que o abandono constitui ilícito reprovável, todavia os contras também tem um pouco de razão ao dizer que o afeto expressa um sentimento muito subjetivo e espontâneo que não dá para ser exigido pelo direito.

3.1 DO ABANDONO AFETIVO E CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL

Levando em consideração os pressupostos acima, trabalharemos a dita caracterização de dano moral pelo abandono afetivo.

Um dos temas mais intrigantes do Direito Civil é usar o instituto do dano moral para reprimir o abandono afetivo não só compensando eventuais prejuízos, mas também punindo-o (apenas lembre-se que a punição difere da compensação porque naquela é dispensável qualquer análise de desfalque de bens jurídicos da vítima, funcionando-o como meio dissuasivo e repressivo). Há tempo doutrina e jurisprudência dividem opiniões sobre o assunto, e o mesmo ainda está longe de ser pacificado.

Mais especificamente, o bem jurídico ofendido é a integridade psicofísica, que é considerado um direito da personalidade e por isso justifica o dano moral. Está provado – como demonstrou-se no começo deste trabalho- pelos estudiosos da psicologia e até do direito que a falta de afeto ofende bens espirituais no desenvolvimento (criação) da prole ocasionando efeitos negativos, sentidos na vida real.

A integridade psicofísica é a conjunção de duas tutelas, uma referente à integridade psíquica e a outra à integridade física, ou das duas ao mesmo tempo. Alguns danos podem afetar primeiro o próprio corpo da pessoa e via reflexa também à integridade psíquica. Passando por esses conceitos, analisa o Superior Tribunal de Justiça em um acórdão que discute a incidência do dano moral:

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não. À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção, impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa. Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – obrigação inescapável –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que

descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.¹¹²

A partir de então se discute que o filho abandonado sofreria dano moral passível de indenização porque o mesmo teria direito de ter respeitado sua integridade corporal, recebendo cuidados de saúde, alimentação e educação, como também os da psique, no sentido de receber carinho, orientação e apoio emocional. Esses argumentos, somados com aqueles de que a Constituição Federal e o Código Civil expressam nos dizeres de ser obrigação da família dirigir criação e educação, fazem com que muitos doutrinadores e desembargadores e ministros de Tribunais concluam pela inevitável condenação pelo abalo moral. Assim são os artigos 1.634 do Código Civil e o 229 da Constituição Federal:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação.¹¹³

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.¹¹⁴

Todavia, por mais do respeito que se deve ter à lei, só o simples comando legislativo não dá para concluir uma condenação já de maneira abstrata. Para chegar ao campo da penalidade (onde conclui que o arbitramento de indenização é medida que se impõe) deve-se analisar de antemão vários os pressupostos da responsabilidade civil e até processual, dentre eles o elemento conduta, mais especificamente a exigibilidade de comportamento diverso dos pais, a razoabilidade da medida imposta, os princípios do direito de família com ênfase na mínima gerência estatal, da efetividade da tutela jurisdicional, dentre outros. É difícil exigir comportamentos espontâneos despidos de voluntariedade, como também pode ser ineficiente usar a máquina estatal para tratar de questões familiares.

Maria Berenice Dias não acolhe com bons olhos sobre estas teses doutrinárias que questiona a espontaneidade dos pais na prestação de apoio afetivo:

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. Não se pode mais ignorar essa realidade,

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso nº1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Disponível em: <[vhttps://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7608/2/STJ%20Recurso%20Especial%201159242.pdf](https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7608/2/STJ%20Recurso%20Especial%201159242.pdf)>. Acesso em 24 mar. 2018

¹¹³ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 09 mar. 2018

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 mar. 2018.

tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele¹¹⁵

Apenas explicando rapidamente alguns pontos da citação acima. Quando fala que a família é centrada no afeto, quer dizer que sem esse elemento, ela praticamente não subsiste. Talvez sua falta não desconstitua as famílias monoparentais onde basta a simples presença de um dos filhos e um dos seus pais biológicos, pois a família biológica ainda tem subsistência, proteção e produz todos os efeitos ordinários, bastando a descendência genética, mesmo que não haja afeto.

Maria Berenice Dias que o STJ consagra entendimento de dever jurídico de cuidado em sua jurisprudência, capitaneado pela ministra Nancy Andrighi, cujo doutrinador Flávio Tartuce cita em um artigo:

Para a Ministra Nancy Andrighi, ainda, o dano extrapatrimonial estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, com fundamento no princípio da afetividade, a julgadora deduz pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: "amar é faculdade, cuidar é dever."¹¹⁶

De outro lado, há doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que discordam, pois entendem que o afeto não é um bem jurídico tão passível de exigência, ainda mais pelo Direito:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*¹¹⁷

Essa última sustentação pauta no argumento de que não é possível exigir sentimentos que tenham cunho espiritual, por ser uma expressão muito atinente à espontaneidade, que o direito não consegue mudar.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10º Ed. Editora Revista dos Tribunais. p. 97

¹¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Da Indenização por Abandono Afetivo na mais Recente Jurisprudência Brasileira**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em 09 mar. 2018.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6. 8º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016. p. 250

Há argumentos que sustentam que a consequência para o abandono afetivo deveria seguir as consequências específicas do Código Civil, que para tal diploma a perda do poder familiar seria medida que se impõe. Mas parece que essa regra não deve prosperar, porque traduziria num próprio livramento, já que do abandono afetivo o pai poderia ser contemplado com a desoneração jurídica do poder familiar, ficando isento de responsabilidades em termos gerais. Sobre isso, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou um caso, em sede de Recurso Especial, alegação da parte dizendo que a única sanção para o abandono afetivo é a perda do poder familiar, que foi analisada no voto da Ministra Nancy:

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02). Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malculado recebido pelos filhos.¹¹⁸

Em fim, parece que o melhor caminho para isentar de uma responsabilidade não seria esse.

3.2 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE SUA CARACTERIZAÇÃO

Como já foi abordada, a jurisprudência é muito divergente e basicamente a cada um ano (ou um ano e meio) o Superior Tribunal de Justiça costuma enfrentar a matéria. Em termos gerais, a maioria das decisões que o Superior Tribunal de Justiça já proferiu foi no sentido de reconhecer o cabimento do dano moral para o abandono afetivo. As decisões mais antigas foram no sentido de rejeitar aplicabilidade do dano moral para o abandono afetivo, a exemplo do que foi decidido no Recurso Especial 514.350/SP no ano de 2009:

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios. Desta feita, como

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência:** voto ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/201205021525150.votonancy_abandonoafetivo.pdf>. Acesso em 04 jun. 2018.

escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada Firmou o Superior Tribunal de Justiça que a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).¹¹⁹

Posteriormente, em 2012, o mesmo tribunal voltou a tratar do tema, mas desta vez decidiu de maneira diferente, reconhecendo o cabimento do dano moral pelo fato de o pai ter deixado de prestar cuidado ao filho, nestes termos:

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprido implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.¹²⁰

A ementa faz menção à falta de cuidado como geradora de dano moral, cuidado esse expressado em deveres objetivos como de criação, educação e companhia. É curioso que neste julgamento o Tribunal evitou considerar que é a falta de amor que leva à responsabilização, talvez por conta de tantas críticas levantadas pela doutrina, com razão, de que o amor não é um sentimento que pode ser tão bem exigido pelo direito.

Recentemente, mais precisamente no ano de 2017 o Superior Tribunal de Justiça proferiu outra decisão, e desta vez reconheceu-se como causa não propriamente a falta com o dever de cuidado, mas a falta de prestação de auxílio material à prole:

O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n. 757.411/MG**. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7178/1/STJ%20Recurso%20Especial%20514350.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2018

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Julgados Marcantes**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100798/Julgados_marcantes_Nancy_Andrighi.pdf>. Acesso em 26 mar. 2018

ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹²¹

Percebe-se com isso que o Superior Tribunal de Justiça cada vez mais distancia de causas subjetivas para geração do dano moral por abandono afetivo para dar lugar às de natureza objetiva, como o próprio dever de cuidado e, mais recente, a falta de prestação material, como os alimentos. Apenas sublinhamos que não parece razoável dizer que de um mero descumprimento de prestação pecuniária, na forma de pensão alimentícia, faça justificar uma nova constrição em pecúnia em face do devedor; na mesma lógica um mero aborrecimento de uma espera demorada em fila de banco não tem o condão de configurar abalo moral indenizável, sob pena de estarmos nutrindo um movimento judicial chamado de indústria do dano moral.

3.3 DA EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA COMO INSTRUMENTO DE COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS PARA COM SEUS FILHOS

Antes de adentrar ao assunto, pretendemos fazermos uma observação quanto à terminologia das palavras eficácia e eficiência, para melhor compreender o que está a dizer. A palavra eficácia significa “qualidade daquilo que alcança os resultados planejados ou característica do que produz os efeitos esperados, do que é eficaz”¹²²; é relacionada ao alcance de um objetivo determinado. Esse conceito não se confunde com eficiência, que está relacionado com a melhor forma de administrar os recursos para alcançar o mesmo objetivo, ou em outras palavras: “Capacidade de realizar tarefas ou trabalhos de modo eficaz e com o mínimo de desperdício; produtividade”¹²³.

Um instituto jurídico é eficaz quando, em termos práticos, alcança os fins que foram projetados, no momento de sua criação, para serem concretizados. Toda vez que o legislador edita uma lei, ele pensa, ou ao menos deveria pensar, se produzirá os efeitos tão desejados no

¹²¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1087561_a29ab.pdf?Signature=iT98kpn9JRmDMK3LGfph5r4dArI%3D&Expires=1522086761&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=7ba7b976367c6161134bf015bc96d9a9>.
Acesso em 26 mar. 2018

¹²² Dicio. **Dicionário Online da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/eficacia/>>.
Acesso em: 15 mar. 2018

¹²³ Dicio. **Dicionário Online da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/eficiencia/>>.
Acesso em: 15 mar. 2018

mundo dos fatos. Um exemplo prático é a tramitação no congresso nacional de um projeto de lei que cria qualificadora para o crime de estupro coletivo; atualmente o código penal sanciona sim a conduta de estupro, mas não da forma qualificada para os praticados em grupo (coletivo), e isso desperta críticas dos penalistas que se perguntam, será que a nova qualificadora para aquele delito reduzirá os casos de estupro? São indagações como essas que o legislador deve levar firmemente, ao elaborar as leis.

Quando o direito reage para regular uma situação de fato, servindo como instrumento de controle social, suas normas devem surtir efeitos práticos sob pena de ser reputadas como inócuas. Mas quando o mesmo Direito regula estabelecendo “sanções” a determinados comportamentos, o cuidado deve ser redobrado, pois geralmente a punição se dá com afetação ao patrimônio da pessoa (principalmente no âmbito do Direito Civil), sua liberdade de locomoção entre outros direitos, e sob o viés da Constituição isso deve ser feito com muita cautela, ainda mais com tantos direitos e garantias fundamentais assegurados expressa e implicitamente do texto constitucional para proteger o cidadão em face de toda intervenção estatal na vida privada.

O ponto central deste trabalho é questionar se a condenação pecuniária contra os pais, como repulsa ao comportamento negligente de não dar afeto serve para compensar o dano ou se possui alguma (outra) utilidade prática que resolva ou conflito ou que ao menos atenuê-a. É bem por isto que ao final foi desenvolvido um tópico sobre o escopo social da jurisdição, onde analisa a necessidade de buscar soluções apaziguadores do litígio, que nem sempre é contida pelo espoco jurídico da jurisdição, ou seja, a estrita substituição das vontades das partes pela vontade do direito, que as vezes é deficitário para regular os fatos.

Partindo dessa problemática, questionaremos sobre a eficácia da reparação pecuniária, pois se a mesma não tem o condão de resolver o conflito ou compensar o dano, que razão tem os tribunais continuarem insistindo nesta espécie condenatória? Temos que tomar o cuidado que o processo judicial pode servir como uma agravante do conflito e ao invés de resolver a lide, servirá como um fato gerador para aumentar a tensão entre as partes.

Sendo assim propomos o levantamento de alguns instrumentos, como possivelmente mais eficaz para resolução da lide, como a mediação familiar, tratada a seguir.

3.4 DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO MAIS EFETIVO PARA TRABALHAR COM ABANDONO AFETIVO

Neste tópico analisar-se-á como serve mediação e a conciliação – mais especificamente a primeira - para resolver conflitos familiares. Dentre vários outros argumentos que se apoia para sustentar que a condenação em prestação pecuniária não é o melhor mecanismo para resolver a crise de afeto entre pais e filhos, reforçaremos com a alerta que a mediação é o instrumento mais apropriado, pois trabalha melhor com os sentimentos e emoções das pessoas, de um ângulo que um processo judicial ordinário não o faz.

Um fato que também deve levar em conta é que o processo judicial está meio que em crise no Direito brasileiro. O sistema abandonou, quase por completo, a defesa dos nossos interesses pela autotutela pra creditar mais na intervenção e jurisdição do estado-juiz. Hoje se assegura, até em um *status* fundamental ao direito de ação, ou seja, uma prerrogativa que todos tem de movimentar a máquina processual para defender seus direitos e interesses, corroborado ainda com a evolução das ciências processuais que confere autonomia ao direito processual, que antes era até confundido com o direito material. A Constituição criou vários direitos para serem assegurados, cujos mesmos não ficarão excluídos da apreciação do poder judiciário, todavia a morosidade - além de outros empecilhos -, entrava o Estado de tutelar todos ao mesmo tempo.

Criou-se uma ilusão onde o Estado-Juiz seria capaz de fazer justiça dizendo o direito ao caso concreto, em outras palavras, substituindo o interesse das partes pelo da lei - principalmente. Foi neste erro que se percebeu o necessário de socorrer-se a meios alternativos de solução dos litígios que não ficasse só adstrito ao escopo jurídico da jurisdição. Como bem pensado por Cândido Rangel Dinamarco, assunto já abordado neste trabalho, é necessário considerar outros escopos da jurisdição, além do jurídico, no caso o escopo social da jurisdição cuja função centra em apaziguar os ânimos das partes. Foi constatando esses equívocos que entra em cena o mecanismo da mediação, se apresentando como uma ferramenta muito eficiente que consegue realizar o efeito apaziguador de ânimos que Dinamarco tanto apontava. Como bem pensado por Taise Rabelo Dutra Trentin:

O conflito familiar, quando chega à submissão do judiciário, mostra-se carente de laços comunicacionais. A decisão judicial, por sua vez, tem função de “dizer o

direito”, mas não tem o encargo de restabelecer o diálogo. Questiona-se, desse modo, a viabilidade do tratamento dos conflitos familiares pela mediação.¹²⁴

Enfim, não é só a morosidade do processo que faz repudiarmos o instrumento do processo, mas também ao de nele o juiz não poder manifestar tão bem a sua vontade do que entende ser melhor ao caso, pois em nosso Estado de Direito ele fica por demais adstrito à lei, que muitas vezes é mal feita, não levada em conta os fatos sociais. Citando Gaglietti, Costa e Casagrande, escreve Taise Rabelo Dutra Trentin:

A magistratura necessita de um conhecimento qualificado, pois o que se encontra no poder Judiciário são “escravos da lei”, juízes que contradizem o 8 que devem aplicar com o que realmente gostariam de aplicar, não procuram a verdade dos fatos por não se aprofundarem no litígio e não enxergam a realidade social porque a lei os “cega”¹²⁵

Em fim críticas não faltam, aqui abordaremos outros pontos, mais especificamente sobre a mediação familiar com ênfase no litígio em razão de abandono afetivo, para tirar conclusões sobre a melhor solução.

3.4.1 DOS CONCEITOS, DIFERENÇAS E NOÇÕES GERAIS

A mediação e a conciliação fazem parte de um mesmo gênero (de resolução extrajudicial de conflitos) e tem alguns aspectos em comum, como a interferência de um terceiro estranho à lide, mas são institutos que não se confundem. Uma das questões que os diferenciam é que a atuação do terceiro intermediador vai de acordo com a natureza do litígio, valendo-se das melhores técnicas correspondentes; na mediação, por exemplo, a interferência do intermediador é menor do que do conciliador e, de outro lado, na conciliação, o terceiro exerce uma função mais ativa, oferecendo propostas e opiniões mais invasivas.¹²⁶

Só para ressaltar que esta distinção acima é mesma dada pela lei, nos §§ 2º e 3º do art. 165 do vigente Código de Processo Civil.

Sobre os princípios, a mediação e conciliação são regidas pelos da independência, imparcialidade, auto-regramento da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e

¹²⁴ TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. **O Tratamento do Conflito Familiar pela Mediação**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13175/2250>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹²⁵ GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin e; CASAGRANDE, Aline Apud TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. **O Tratamento do Conflito Familiar pela Mediação**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13175/2250>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹²⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017. p. 308.

decisão motivada.¹²⁷ A independência sugere que o intermediador atue sem pressões internas ou externas; a imparcialidade, que não é sinônimo de neutralidade, veda qualquer interesse do intermediador no conflito; o autoregramento da vontade revela que o fator mais importante é que as próprias partes definem a solução do problema, podendo inclusive mexer em aspectos procedimentais; a confidencialidade, é um princípio relativo, via de regra tudo o que for discutido em uma sessão de mediação/conciliação não pode ser utilizado para fins diversos, como em depoimentos e interrogatórios... a exceção a esta regra incide quando as próprias partes consente de forma diversa, quando há informação relativo a crime de ação penal pública (sem distinção se condicionada ou incondicionada) e ainda para prestar informações para a Administração Tributária. Ainda poderíamos falar em oralidade e informalidade, isonomia entre as partes e a busca pelo consenso.¹²⁸

Ainda precisa criticar que a mediação ou a conciliação não pode ser utilizada com uma finalidade desvirtuadora, como acelerar o tramite de processual e nem para desafogar o poder judiciário, o que faz muitos juízes, na prática, quererem forçar as partes a resolverem a questão por mediação, abrindo mão do próprio direito de ação, como escreve Flávio Yarshell, *Apud* Fredie Didier Jr.:

A conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes – direito mais do que legítimo – passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito.¹²⁹

Enfim, pensamos também que o fim imediato da mediação é propiciar uma resolução mais construtiva, que deve ser usada como for recomendável e quando as partes aceitarem de livre e espontânea vontade a delas participarem. Parece que o Novo Código de Processo Civil tenta forçar um pouco que as partes participem a todo custo da referida audiência com cominação até de multa, o que é lamentável. Enfim, dito isso passa-se mais a análise, especificamente, da mediação familiar.

¹²⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017. p. 310.

¹²⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19º ed. Bahia: Editora Juspodvim, 2017. p. 310-313.

¹²⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017. p. 316.

3.4.2 DE SUA IMPORTÂNCIA PARA O LITÍGIO DO ABANDONO AFETIVO

Às vezes, para a solução de um litígio judicial, seja de que natureza for, é necessário do apoio de outras ciências, e no direito de família isso não é diferente. Na questão do abandono afetivo discute um prejuízo que não é fácil de avaliar, de quantificar e de reconhecer, exigindo conhecimentos técnicos que fogem da competência das ciências jurídicas - como será melhor tratado adiante. O doutrinador Flávio Tartuce chega a dizer que a análise do prejuízo afetivo seria mais bem analisado por um profissional da psicanálise (ou da psicologia) ao invés de um do direito (pelo juiz): “Cumpre destacar que me posiciono no sentido de existir o dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico ensejador de dano moral, a ser demonstrado por prova psicanalítica”.¹³⁰ Dessa forma, desconsidera o juiz como um profissional, na via de regra, habilitado e capaz de permear esse campo da psique da pessoa. Nessa linha o melhor seria retirar da atribuição do processo judicial ordinário a resolução de litígios de abandono afetivo, pois mais que um laudo de um psiquiatra ajude a desvendar o problema, seria bem melhor que as partes entrassem em um consenso com o próprio psicólogo ou psiquiatra ou quem lhe faça às vezes. Ou nas melhores palavras de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Giselle Câmara Groeninga *Apud* Lara Amanda Borges onde diz que o melhor que Judiciário possa fazer é propiciar a estrutura da mediação às partes para que elas restabeleçam o diálogo e ações recíprocas:

Portanto, como se pode perceber, não é uma reparação pecuniária, mas é o restabelecimento de um real diálogo e de uma ação recíproca entre os envolvidos em um conflito que poderá reatar os laços afetivos esquecidos. Nesse sentido, o Judiciário auxilia a reorganização da família e a mediação atua nesse dever, considerando o contrato primordial de formação da família: o afetivo.¹³¹

O motivo para tanto são vários. O convencimento do juiz no processo judicial civil é com base na verdade formal, regido por presunções de veracidade, incumbência de ônus de prova, dentre outras circunstâncias que pode lhe afastar da realidade fática e taxar lícita decisões que com ela não condiz. Isso não é saudável para demandas relacionadas à falta de afeto, porque sua resolução precisa, mais do que tudo, conhecer bem da relação (com

¹³⁰ Tartuce, Flávio. **Da Indenização por Abandono Afetivo na mais Recente Jurisprudência Brasileira**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

¹³¹ BORGES, Lara Amanda. **A Responsabilidade Civil e a Mediação como Meios de Resposta ao Dano Moral por Abandono Afetivo**. P. 58-59. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5609/1/20956364.pdf>>. Acesso em: 25, abr. de 2018

profundidade) entre os envolvidos – a verdade material - para só então saber que rumo tomar.

Escreve Taise Rabelo Dutra Trentin:

Destarte, o diálogo elaborado e explanado pelos protagonistas do confronto é a solução adequada para abrandar a tensão do litígio, contornando as particularidades excessivas e nem sempre favoráveis da justiça tradicional, na qual um terceiro irá decidir e julgar o desfecho da relação por meio de decisões baseadas nos fatos e provas expostos nos autos do processo, sem ter vivenciado a real amplitude e complexidade das relações e dos impasses que envolveram os litigantes.¹³²

E ainda no processo judicial, a autora diz que nela incide a teoria do perde e ganha, pelo qual nem os advogados das partes estarão preocupados em restabelecer a relação afetiva dos seus representados, nem conciliá-las, pois seus objetivos são que seus pedidos sejam procedentes para obter ganho na causa, o que lhe retribuirá mais honorários e reputação como um bom profissional. Afinal, um dos parâmetros que define a qualidade do advogado perante a sociedade é o de é o de êxito em seus processos, a sociedade não consegue compreender que nem sempre o profissional sairá vitorioso, logo isso estimula até mais a adversariedade com o patrono da parte contrária, o que reflete na relação de seus clientes. Assim diz:

Os efeitos de uma sentença judicial nas relações de litígios familiares nem sempre são positivos, haja vista que na decisão proferida pelo magistrado, inevitavelmente, haverá a síndrome do “perde e ganha”. Dessa forma, dificilmente os laços afetivos e a reconstrução da entidade parental será efetiva, pois a entidade estudada é composta por uma estrutura sensível de emoções e necessita de formas alternativas e autocompositivas para que os efeitos do resultado sejam o do “ganha e ganha”.¹³³

Com tantos empecilhos processuais e ainda a incerteza de um frutífero êxito na execução cumulado com o menosprezo dos advogados, em geral, com a mediação – pois, o que mais lhe preocupam são os honorários a receber - e de juízes que, muitas vezes por estar sobrecarregado de processos em suas varas, não aprofundam na causa e buscas de reais soluções dos conflitos, querem mais é logo dar um fim ao processo (seja em sentido for), são fatores que compromete a eficácia jurisdicional. Não é por menos que o Superior Tribunal de Justiça já usou do argumento de que o processo judicial, no final das contas, levanta uma barreira entre pai e filho e que depois de condenado não se tem certeza que entre eles haverá um clima de reconciliação. São as palavras do Ministro Fernando Gonçalves:

¹³² TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. **O Tratamento do Conflito Familiar pela Mediação**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13175/2250>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

¹³³ TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. **O Tratamento do Conflito Familiar pela Mediação**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13175/2250>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto. Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno¹³⁴

Na verdade, o litígio familiar precisa se valer mais da mediação, pois se trata de um campo de relações muito privadas que são constituídas na estrita vontade das partes e também desfeitas na estrita vontade delas, onde só as mesmas saibam e consigam encontrar a melhor solução para resolver os atritos, não sendo à toa aquele ditado “em briga de marido e mulher, não se mete a colher”, o que significa dizer que não há ninguém melhor (e saiba mais da situação) que os próprios integrantes do núcleo familiar para reestabelecer o consenso. Para tanto não há nenhum outro ambiente melhor que a mediação e a conciliação onde os envolvidos caminham e procuram soluções conjuntamente. Corroborando assim, Maria Berenice Dias:

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado pela justiça. Principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, sentimentos de amor e ódio se confundem. A resposta judicial jamais corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar além dos limites jurídicos.¹³⁵

Situações imateriais como o abandono afetivo têm por objeto relações sentimentais (e até mais espirituais), como a falta de amparo, atenção, dentre outros deveres. Por mais que o dever familiar envolva prestações também de cunho material, como prestar alimentos e educar (educação escolar), elas são até possível de serem compelidas, todavia o mesmo não dá para dizer do afeto e do amor. Se os pais não gostam de seus próprios filhos, farão resistência em prestar essas condutas imateriais e quando compelidos a fazê-los, será contra própria vontade; por outro lado, se os pais nutrem sentimentos positivos, ou seja, sente amor à sua prole, delas

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 757.411 – Mg**. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/REJ.cgi/ITA?seq=595269&nreg=200500854643&dt=20060327&formato=HTML>>. Acesso em 10 jun. 2018.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 84-85.

gostando, evidente que suas condutas serão propensas para o cuidado da criança, prestando todas as necessidades espontaneamente, sem precisar de ordem judicial.

O elemento difusor de águas é o sentimento (o emocional), portanto é ele que precisa ser trabalhado. Nenhum um método melhor que mediação para tanto, porque ela trabalha justamente com este estado afectivo, como mostra WARAT apud Piovezana:

O grande segredo, da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas). Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem. Os sentimentos sentem-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não senti-los. O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entende-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação.¹³⁶

Conclui-se no trecho acima que é um erro crácio tentar resolver o impasse usando como alvo o conflito, até mesmo porque o conflito pode até se transformar, mas só num primeiro momento, que não significará o mesmo de eliminá-lo – tarefa mais difícil. Por isso Warat deseja que a mediação funcione como um reencontro amoroso, fazendo com que elas mesmas reestabeleçam a relação. E ainda denuncia o autor que o objetivo primordial não é, como muitos pensam, de obter um mero acordo. Assim escreve Leonel Severo Rocha e Roberta Magalhães Gubert parafraseando as ideias de Warat:

A mediação de Warat é mais profunda e se assemelha, de fato, ao processo terapêutico, como ele próprio chama de “reencontro amoroso”. O mediador exercerá uma função de psicoterapeuta do reencontro amoroso, não para aplicar técnicas que

¹³⁶ WRAT Apud PIOVEZANA, Daiane Maiara. **A Mediação como Instrumento de Resolução de Conflitos na Alienação Parental**. p. 54.

facilitem a mera obtenção de um acordo, mas para realizar, por meio de suas experiências e de seu ser mediado (capaz de mostrar o caminho da vulnerabilidade), uma mediação que permita às partes conhecerem e expressarem seus sentimentos, de forma a transformar a própria relação e desintegrar o conflito. Por isso também recusa-se a estipulação de um tempo determinado, uma vez que cada sujeito terá seu próprio tempo de autoconhecimento e, conseqüentemente, de produção da autonomia e emancipação.¹³⁷

Dessa forma, o mediador não será um mero reproduzidor de palavras e nem de comunicador do encontro. Na verdade ele assume a função de aproximar os corações e as experiências das partes, mesmo que não fale muito. Quando o mediador consegue quebrar a sensibilidade das partes, naturalmente abrirá o campo da negociação. Ainda continua Leonel Severo Rocha e Roberta Magalhães Gubert parafraseando as ideias de Warat:

Quanto à função do mediador com as partes, seu papel não será, portanto, técnico, de um profissional que maneja técnicas para impulsionar e instrumentalizar o fechamento de uma solução para o problema. Isso porque o acordo formado pela pressão externa não repercute no mundo interno e acaba se tornando um pacto frágil, fácil de ser quebrado, porque nada transforma na pessoa. Por dever de ofício, o mediador deve, inclusive, abster-se de interpretar.¹³⁸

Warat reconhece que a afetividade e o amor são a base para uma mediação¹³⁹. Através do fenômeno do amor a pessoa se transforma em um ser que até então não existia dentro dela. Isso acontece quando o ser humano deixa que o outro adentre em sua (naquilo que Warat chama) reserva selvagem e ao mesmo tempo em que permitimos que o outro adentre a nossa reserva. Para ele o amor é o elemento que mais expressa o sentimento de existência humana e a principal arma da mediação. Assim Leonel Severo Rocha e Roberta Magalhães Gubert *Apud* Warat:

Para amar é preciso encontrar o outro em sua reserva selvagem. Algo duro, que não é fácil, obriga cada parceiro a passar por uma revolução que o transforme, porque se queres encontrar a alguém em tua reserva, terás que permitir que essa pessoa chegue a tua reserva. Tua reserva selvagem terá que voltar a se desarmar, terá que ficar absolutamente desarmada. Algo que traz muito risco (...) O amor é doloroso porque

¹³⁷ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães *Apud* WARAT, Luis Alberto. **A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.

¹³⁸ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães *Apud* WARAT, Luis Alberto. **A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018

¹³⁹ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães *Apud* WARAT, Luis Alberto. **A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.

nos deixa sem armaduras, vulneráveis, o amor nos coloca no risco, fora dos cálculos, fora dos portos seguros.¹⁴⁰

Quando desarmam as duas reservas selvagens é o momento para unir as pessoas, pois daí se cria um novo mundo de relação entre elas. Nesse sentido Leonel Severo Rocha e Roberta Magalhães Gubert *Apud Warat*:

No momento em que duas reservas selvagens se encontram desarmadas, um novo mundo é criado, inscrito um devir de diferenças no tempo. Nesse novo mundo, ambos se transformam. Quando alguém consegue amar, já não é mais a mesma pessoa. Juntamo-nos para criar uma relação, e essa criação nos cria como diferentes, (re) cria-nos no mais profundo. Um outro silencioso se apodera de nosso corpo mostrando-lhe o inédito que escondia como uma semente de mostarda (como diria Osho) que o outro do amor impulsiona a crescer. O encontro de dois mundos selvagens em reserva é algo muito complexo. É a mais complexa das místicas. O lugar mágico mais complexo. Os conflitos que unicamente a magia pode resolver.¹⁴¹

Então, conclui o mesmo autor que o trabalho encima do afeto e do amor são os melhores instrumentos para uma boa construção da mediação¹⁴². É importante dizer isso por que se essas relações são a base da mediação, não restam dúvidas de que para os litígios de abandono afetivo não haverá outro instrumento suficientemente tão bom quanto, pois nele o que está em crise é justamente a falta de afeto e do sentimento amoroso.

Sem contar também que é reconhecido que a mediação familiar é um ambiente confortável para abrir os debates, no qual o mediador utiliza de técnicas para diminuir a ansiedade. E o grau de satisfação é maior, pois são elas mesmos quem decidem. Escreve Juliane Mayer:

As vantagens da mediação, especialmente da familiar, tema central deste trabalho, é que há uma maior satisfação pessoal das partes envolvidas porque são elas que chegam a um consenso quanto à melhor forma de solucionar o conflito. O que resulta na diminuição do sentimento ganhador/perdedor próprio dos processos judiciais. Na mediação familiar, as partes são acompanhadas na trajetória para a solução do conflito pelo mediador, que, no caso, é o terceiro imparcial, e irá conduzir as sessões para que sejam debatidas as questões pertinentes, evitando-se os ressentimentos ou as acusações mútuas. O papel do mediador é, por assim dizer, o de facilitar as comunicações entre as partes, reduzindo os obstáculos existentes. Para

¹⁴⁰ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães *Apud WARAT*, Luis Alberto. **A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.

¹⁴¹ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães *Apud WARAT*, Luis Alberto. **A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018

¹⁴² ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães *Apud WARAT*, Luis Alberto. **A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018

tanto, deve ser escolhido pelas partes, pois precisa ser alguém em quem elas possam confiar e essa pessoa deve considerar as necessidades de cada envolvido. O mediador fará uso de técnicas para que as pessoas participem das sessões e, conseqüentemente, haverá uma redução da ansiedade e dos efeitos negativos do conflito.¹⁴³

Difícil o judiciário proferir uma decisão no qual consiga resolver um problema que está enraizado na esfera subjetiva do ser humano. Melhor é considerar as partes como corresponsáveis pela causa do problema para fazer com que elas mesmas consigam encontrar o melhor caminho, através do diálogo. Nessa linha, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, *Apud* Lara Amanda Borges:

Por essa razão, entende-se que a responsabilidade civil não seria a medida capaz e razoável para solucionar litígios entre pai e filho fundados na ausência de afeto, porquanto diversos casos poderiam resultar em um distanciamento definitivo. Aparentemente, a mediação é a direção a ser tomada para que o conflito possa ser transformado, pois o estímulo ao diálogo poderá levar a um desfecho de sucesso, com reduzido desgaste emocional.¹⁴⁴

O trecho acima coaduna com ideias que nos já sustentadas anteriormente, pois observamos que a responsabilidade civil, como é exercida no direito brasileiro, não consegue resolver a crise, até porque lhe falta diálogo e não trabalha bem com os aspectos emocionais e sentimentais das partes. Continua Amanda Lara Borges:

O agir desses especialistas, possibilita a aproximação e, ainda, o fortalecimento do vínculo familiar, o que se contrapõe a um litígio analisado pelo Judiciário, pois o pedido de indenização indeferido ou a condenação resultariam em um rompimento decisivo entre os conflitantes. Isso porque, em uma demanda judicial há um lado vencedor e um perdedor ou um culpado e um inocente.¹⁴⁵

Apesar das benesses e de considerarmos que a mediação familiar é um mecanismo muito mais eficiente que o processo judicial, não pode dar uma resposta de pronto sobre os todos os efeitos que a mediação propiciará às partes, pois tudo será relativo a depender do próprio profissional e das pessoas envolvidas, mas certo é que a referida audiência buscará apaziguar os ânimos das partes, com o destaque de caber, nesse tipo de audiência, se valer dos

¹⁴³ GRIGOLETO, Juliane Mayer. **A Mediação Familiar Como Mecanismo de Pacificação Social**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/165.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.

¹⁴⁴ BORGES, Lara Amanda. **A Responsabilidade Civil e a Mediação Como Meios de Resposta ao Dano Moral por Abandono Afetivo**. P. 57. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5609/1/20956364.pdf>>. Acesso em: 25 abr. de 2018.

¹⁴⁵ BORGES, Lara Amanda. **A Responsabilidade Civil e a Mediação como Meios de Resposta ao Dano Moral por Abandono Afetivo**. P. 57. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5609/1/20956364.pdf>>. Acesso em: 25, abr. de 2018.

conhecimentos da interdisciplinaridade a fim de usar o conhecimento de outras ciências, nesses termos Daiane Maiara Piovezana:

Ademais, quando o conflito é judicializado, a experiência que fica para todos os membros da família, pode ser traumática, haja vista que é marcado por uma disputa, e muita das vezes as duas partes saem infelizes com o resultado. Já quando se fala em mediação aplicada para resolução dos conflitos familiares, há um processo diferenciado, haja vista que o mediador é capacitado, e tem técnicas para trabalhar o psicológico das partes, respeitando as necessidades de cada uma, o mediador consegue fazer com que as partes, por livre arbítrio, tomem seu lugar e suas responsabilidades.

Sendo assim, é cediço que há necessidade de um procedimento diferenciado, haja vista as minúcias que envolve um conflito familiar, nessa forma diferenciada, está a interdisciplinaridade que é utilizada na mediação, onde se utiliza das diversas áreas do conhecimento que tem por objetivo trabalhar e entender o problema, fazendo assim com que as partes construam uma solução para seu próprio conflito, chegando a um acordo onde ambos ficam satisfeitos.¹⁴⁶

Se o instituto da conciliação e mediação não trouxesse benefícios, o Novo Código de Processo Civil não exigiria que as partes perpassassem por uma audiência no início do procedimento, cominando multa para aqueles que não comparecerem justificadamente, conforme seu artigo 334 caput e §8º. Nas ações de família, mais especificamente, a exigência é ainda maior, primeiro porque o artigo 694 do Código de Processo Civil diz que nesta matéria todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação, e mais abaixo, prescreve o art. 695 que depois da inicial o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação. Da leitura destes dois últimos (e dos demais) dispositivos, percebe-se que o legislador não abriu espaço, que nem fez no art. 334, §5º, para as partes sequer manifestarem no sentido de desinteresse em participar de uma audiência de conciliação e mediação para as causas especificamente de direito de família. Será que o Código quis tornar esta audiência obrigatória? Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero *Apud* Daniel Amorim Assumpção Neves já entendem que sim:

A primeira importante especialidade procedimental das ações de família vem prevista nos parágrafos do art. 695 do Novo CPC, já que em seu *caput* há regra geral de citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação após o recebimento da petição inicial e a tomada de providências referentes à tutela provisória, se for o caso. Como já devidamente analisado no procedimento comum, a audiência de conciliação e mediação pode não ocorrer quando ambas as partes se opuserem à sua realização. Nas ações de família, entretanto, o silêncio do art. 695 do

¹⁴⁶ PIOVEZANA, Daiane Maiara. **A Mediação como Instrumento de Resolução de Conflitos na Alienação Parental**. p. 31.

Novo CPC permite a conclusão de que nessas ações a audiência é obrigatória, independentemente da vontade das partes.¹⁴⁷

Parece o dispositivo confrontar com um princípio maior, o da autonomia da vontade. Talvez seja até razoável dispensar a audiência quando ambas as partes manifestarem neste sentido, todavia entende-se que essa tomada deva ser bem excepcional, apenas viável quando o contexto do caso concreto justificar, até mais para não afrontar norma extraída do art. 694 que manda empreender esforços para que a audiência seja realizada e caso necessário até convencer (e não forçar) o envolvido a dela participarem.

3.5 DO ESCOPO SOCIAL DA JURISDIÇÃO

O movimento positivista do Direito, que é contramão do naturalismo exerce muita influência, para não dizer que seja base do nosso sistema, bem mais pautado na filosofia do *civil-law*, direito posto e entabulado, do que do *comum-law*, mais costumeiro - que resolve os conflitos com base na jurisprudência e não tem tantas normas fixas. Positivar as normas jurídicas em leis (em sentido geral) é bom em nome da segurança jurídica, elemento esse fundamental para qualquer ordenamento, pois assegura igualdade das decisões, objetividade e entre outras vantagens. Todavia, o positivismo peca em querer resolver os problemas fático sociais só com normas, como se o direito aplicado ao caso concreto seria a salvação. Partindo desse pressuposto nós indagamos: o direito, manifestado em normas jurídicas, aplicado pelo instrumento chamado processo é a melhor opção para resolver todas lides? É em função dessa crítica que doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco começa a indagar a real funcionalidade que um processo pode exercer, sob um ponto de vista que a jurisdição deve observar outros escopos além do jurídico, como o da pacificação social, político, social e etc. Nesse sentido:

E esta, como é intuitivo, para ser completa há de incluir o exame dos múltiplos escopos da jurisdição, seja no significado de cada um, seja na distribuição de todos entre os diversos planos propostos (social, político e jurídico), seja ainda na maneira como a consideração de cada uma das metas prefixadas do próprio escopo jurídico da jurisdição, mercê das cambiantes opções políticas registradas pela História) e sobretudo na técnica processual.¹⁴⁸

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel *Apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8º Ed. – Bahia: Editora Juspodivm., 2016. p. 920.

¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15º ed. Editora Malheiros. p. 183

A proposta é que o processo assuma outras funções utilitárias e não fique só naquela dicotomia de aplicar o direito ao caso concreto. Sobre o escopo político já é sabido que a política influencia a jurisdição e essa é costumeiramente influenciada pela política, basta notar a própria postura do Supremo Tribunal Federal, que com a devida *data vênia*, algumas decisões têm forte fundo político.

A principal função do processo é a pacificadora, não pode o Estado querer aplicar o Direito a todo custo. Tão importante que, em alguns países como a Alemanha, vem enfatizando essa função em sua jurisprudência além de já ser um objeto de tratamento em um Congresso Internacional de Direito Processual. Sobre isso ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Mas o que há de mais moderno já é alguma tendência a estabelecer um binômio de objetivos distribuídos entre o campo jurídico e o social, como na maioria dos relatórios nacionais apresentados ao Congresso Internacional de Direito Processual (Grand, Bélgica 1977): entre outras tendências, preponderou a de que o escopo do processo reside na “realização dos direitos subjetivos e (ou) confirmação da ordem jurídica, objetivo cuja tarefa importante é a da manutenção da paz social e da garantia da segurança jurídica. Os alemães, aliás, a partir de dados colhidos em sua jurisprudência recente, vêm indicando o binômio *manutenção da paz social-segurança jurídica*, como indicador da teleologia que legitima o exercício da jurisdição; falou-se também na garantia jurídica e paz legal, uma ao lado da outra”.¹⁴⁹

Por ela ter tanta relevância, que não é muito reconhecido na doutrina pátria, refutas-se como um dos melhores conceitos de jurisdição, sem se abster do jurídico (aplicação do Direito ao caso concreto), a de Daniel Amorim Assumpção Neves:

A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.¹⁵⁰

Hoje no Brasil a máquina processual geralmente representa um tormento para as partes, apesar de alguns ritos serem céleres e sem despesas como o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança. Nos processos que envolvem direito de família também não tem como dizer diferente, pois representa a maioria das matérias que são analisadas pela Justiça Comum estadual, que, diga-se de passagem, tem um elevado déficit de juízes para corresponder o quantitativo de processos. Independente de quem for o vencedor e o vencido, a satisfação nem sempre irá emergir, pois o feito trás um desgaste emocional e até físico. Pode-

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15º ed. São Paulo: Editora Malheiros. p. 183

¹⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016. Pg. 74

se até conseguir o objeto pretendo na demanda, mas seria muito melhor seu alcançasse sem dela precisar. Depois de encerrado o feito é até comum as partes nutrirem um sentimento de inimizade, pois afinal uma precisou demandar a outra na justiça. Se nem o vencedor sai satisfeito, imagina o vencido? Ainda mais no direito de família onde os constrangimentos são mais intensos, com institutos mais invasivos à constrição patrimonial do devedor e à liberdade de locomoção, isso porque muita das vezes quem demanda uma compensação de danos morais por abandono afetivo já faz porque seu genitor não presta companhia e nem alimentos, fazendo com que o processo de conhecimento já monte um terreno para um eventual requerimento de prisão. Quanto maior o constrangimento que um processo pode gerar na pessoa maior será repulsa e receio de respondê-lo..

Ciente disso o Novo Código de Processo Civil tenta contornar essa questão com a imposição mais acentuada de mediação e conciliação, que também não deixa de ser uma forma de tentar buscar essa pacificação social.

Enfim, o que neste tópico conclui-se que esta filosofia incessante de substituir a vontade das partes pelo tão somente a estrita vontade da lei não traz justiça e é uma concepção muito pobre em termos de solução de conflitos.

CONCLUSÕES FINAIS

Enfim, a conclusão que se chega é a seguinte: como na responsabilidade civil os institutos do dano, do ilícito, da conduta, entre outros, são autônomos e não se confundem, deve-se analisar cada um separadamente. Diga-se, que há situações fáticas que são contrárias ao direito, por isso rotulada como ilícitas passíveis de coibição, mas que não produzam nenhum dano ou que não tenha nenhum culpado ou nenhuma pessoa para lhe ser imputada. Não é pelo simples fato de um comportamento ser tido como ilícito que a situação vira sinônimo de reparabilidade; não é porque uma conduta é contrária ao direito que necessariamente haverá uma reparação. Às vezes a reparação de um ilícito não pode ser exigida, seja por não existir dano ou de não ter como exigir comportamento diverso.

Essas conclusões têm que ser usadas para interpretar melhor os dispositivos Constitucionais e legais que atribuem aos pais o dever de criação dos seus filhos. Os referidos diplomas exigem dos pais que os mesmos cuide e convivam com ele, mas o que vem a ser esses deveres? E como o direito pode tutelar isso?. Para chegar a uma conclusão buscamos esmiuçar este dever subdividindo-os em deveres objetivos e subjetivos/espirituais de cuidado. Após este passo analisamos quais dessas duas últimas espécies podem ser exigidas pelo direito.

Desenvolvendo o tema, em nenhum momento queremos pregar qualquer orientação doutrinária que propaga o abandono. Apenas sustenta que a repulsa, ou seja, a vedação ao comportamento ilícito de abandonar afetivamente tem que se dar com coerência, levando em conta as particularidades dos caso concreto em detrimento de conclusões apriorísticas e abstratas - que muita doutrina sugere -, para alcançar o melhor bem comum, a melhor aplicação da doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente.

Abandonar afetivamente parece configurar um ilícito civil porque ofende o direito da personalidade nos aspecto da integridade psico-física. Mas não é porque há ilícito configurado que incidirá a compensação em dinheiro pelos referidos danos morais. Depende porque tem que analisar a função punitiva e pedagógica da responsabilidade civil; se a condenação for uma boa medida para o caso, tendo o condão de punir com inteligência e coerência e ainda servir de instrumento para dissuasão daquele comportamento, talvez uma compensação em dinheiro seja uma opção adequada; caso contrário o processo apenas agravará o desconforto. Outro ponto que deve ser analisado quando se pede uma compensação em dinheiro é a

situação da parte ré, analisar se a mesma tem condições, porque senão nem compensará mover um processo de conhecimento que não será exequível.

Todavia parece que a compensação pecuniária não é a melhor escolha. Dificilmente, mas não sempre, será a melhor escolha. Primeiro que o dinheiro não consegue contrabalancear uma ofensa imaterial de um direito, que no caso a proteção da personalidade da pessoa. A personalidade humana é infungível, e o dinheiro é fungível, logo o *statu a quo* nunca será retomado; e por segundo a ofensa a valores morais envolve muita conotação sentimental que o processo judicial e as leis não conseguem disciplinar.

Compensar pecuniariamente em dinheiro uma ofensa moral é um tanto quanto viciada, por vários motivos. Dificilmente haverá satisfação, porque o lesado pode ainda se achar injustiçado com a quantia recebida por não entender que a reparação tem limites, como a vedação de enriquecimento ilícito, à capacidade financeira da outra parte e etc.

E ainda também tem que levar em conta que o objetivo maior da responsabilidade civil é restituir a situação ao *status quo ante*, ou seja, ao status anterior a coisa. Como que será possível restituir ao *status quo* um valor violado como o do abalo moral? É por isso que para esse instituto troca-se a palavra indenização por compensação. Sem ainda adentrar no dano moral por abandono afetivo, discussão própria do direito de família, cujo o tratamento é muito mais sensível, Anderson Scheibeir já afirmou, como dito no trabalho que em muitos países já há uma política de substituição da compensação pecuniária de dano moral por outras prestações.

E ainda, para piorar, parece ser desastroso trazer o referido instituto - que já não funciona bem para o direito de família, porque nele âmbito, a ingerência estatal não é bem vinda, pois é um ambiente muito privado no qual as partes é quem tem mais atribuição de resolver os próprios conflitos. E ainda, vai ter que entrar em todo um debate, sobre a exigência que se faz: o direito exigirá dos pais condutas espirituais como o amor e carinho ou atitudes objetivas como os cuidado em geral (mais de cunho material), como os alimentos, escola, saúde e etc.?

Se for para cobrar a primeira situação, parece que não tem como ser demandado, porque não tem como obrigar alguém a amar, e assim por mais que seja refutável, não caberia responsabilidade civil por estar viciado o elemento conduta, mais especificadamente a inexigibilidade de comportamento diverso. Se o respaldo da condenação por abandono afetivo

for em razão da segunda hipótese (falta de deveres objetivos de cuidado), há outro problema, porque em muitas vezes a pensão alimentícia já cobriria os anseios pretendidos.

E ainda tem que levar em conta um outro ponto. A função da jurisdição não pode ser resumida em apenas aplicar o direito ao caso concreto, mas deve também buscar a pacificação do mesmo. É por isso que Candido Rangel Dinamarco trabalha com a idéia de escopo social da jurisdição, porque ele verificou que nem todas as vezes a aplicação do direito pelo processo geram justiça e nem atenua o ânimo das partes. Apesar de não ser jurisdição, o trabalho da mediação familiar consegue atingir estes objetivos. Como foi mostrado, para os casos envolvendo conflito familiar o melhor meio de resolver é através da mediação familiar.

Enfim, existem vários argumentos que parece convencer que a condenação em prestação pecuniária por abandono afetivo não é uma das melhores alternativas. E a conclusão que tiramos é de que se a condenação for em razão de comportamentos espirituais por partes dos pais, como o amor, carinho e afeto real, não cabe ao processo adentrar aplicando normas jurídicas, pois para essa situação o melhor é socorrer à mediação familiar. Todavia, se a discussão for pela falta de cuidados objetivos, como acompanhar o filho na escola, dar atenção entre outros comportamentos, pode até ser possível compensar pecuniariamente o abalo moral, desde que a medida se mostre vantajosa e apresente efeitos positivos no caso concreto, que o demandado tenha recursos financeiros para pagar a quantia, que a mesma cumpra efeitos punitivos pedagógicos e preventivos e de modo que a pensão alimentícia já não faça às vezes dos pedidos do autor ou que possa fazer com uma eventual revisão de alimentos.

REFERÊNCIAS

AJES – Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena. Comissão de Normalização de Trabalhos Acadêmicos. **Manual AJES para elaboração de trabalhos científicos atualizado conforme as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas–ABNT.** /AJES - Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – Juína - MT, 2017.

ALEXY, Robert *Apud* AMARAL, Fernando. **A Distinção entre Princípios e Regras, a Ordem Constitucional Brasileira e a Cidadania Ecológica:** Uma Proposta Doutrinária. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=76a46a2fef5c9dd7>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. *Apud in:* <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D11520%26revista_caderno%3D25?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10808&revista_caderno=4>. Acesso em 07 nov. 2017.

BORGES, Lara Amanda. **A Responsabilidade Civil e a Mediação como Meios de Resposta ao Dano Moral por Abandono Afetivo.** Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5609/1/20956364.pdf>>. Acesso em: 25, abr. de 2018.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo:** da Urgência do Diálogo Entre Direito e Psicanálise. Disponível em: <https://www.uva.br/mestrado/dissertacoes_psicanalise/Julio_Cezar.pdf>. Acesso em 19 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 04 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 out. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão do Recurso Especial nº 1.299.894 - DF (2011/0312255-6)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34367449&num_registro=201103122556&data=20140328&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas Anotadas de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO+CIVIL%27.mat.&b=TEMA&p=true&t=&l=50&i=50&ordem=@NUM,@SUB>> Acesso em: 29, out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 25 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Filiação Socioafetiva não Impede Reconhecimento de Paternidade Biológica e seus Efeitos Patrimoniais**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Filia%C3%A7%C3%A3o-socioafetiva-n%C3%A3o-impede-reconhecimento-de-paternidade-biol%C3%B3gica-e-seus-efeitos-patrimoniais>. Acesso em: 01 jun. 2018

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: contexto e efeitos**. Dissertação de mestrado da Universidade Federal de Paraná. 2011. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1%3E%20Acesso%20em%2022/10/2017>>. Acesso em 06 nov. 2017.

CARNEIRO, Terezinha Féres. **Terapia familiar: das divergências às possibilidades de articulação dos diferentes enfoques**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931996000100007>. Acesso em 10 mai. 2018

DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à Psicologia**. 3º ed. São Paulo: Editora Makron Books, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 19º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 5º - Direito de Família. 29º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ECONOMIA UOL. **Salário Mínimo Ideal**. Disponível em: <
<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/02/07/salario-minimo-ideal-janeiro-dieese.htm>>. Acesso em 24 jun. 2018.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Renda Média do Trabalhador Brasileiro**. Disponível em: <
<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/01/renda-media-do-trabalhador-brasileiro-sobe-para-r-21-mil-diz-ibge.html>>. Acesso em 24 ju. 2018.

FACHIN, Luis Edson Apud TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 12º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 76

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 3. 4º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. 8º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7º ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. **Direitos da Personalidade no Novo Código Civil**. Editora de Direito.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito civil**. Vol. 1 – Parte Geral. 15º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito civil**. Vol. 3 – Responsabilidade Civil. 12º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6 – Direito de Família. 12º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GRIGOLETO, Juliane Mayer. **A Mediação Familiar Como Mecanismo de Pacificação Social**. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/165.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.

KRIEGER, Mauricio Antonacc; KASPER, Bruna Weber. **Consequencias do Abandono Afetivo**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/305-artigos-mai-2015/7137-consequencias-do-abandono-afetivo>. Acesso em 13 maio. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto Apud CALDERON, Ricardo Lucas. **O Percurso Construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo: Contexto E Efeitos**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%202018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 04 jun. 2018

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7º ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>>. Acesso em 07 nov. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. 2. 38º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARAFALI, Mayra Soraggi. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: A possibilidade de se conceder indenização ao filho afetivamente abandonado pelo pai**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8020>. Acesso em 24 mai. 2018.

MOREIRA, Allyne Marie Molina. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: Uma Análise a Luz do direito e da Psicanálise**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d1e62052e90a974>>. Acesso em 10 jun. 2018.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. **Abandono Afetivo: Afeto e Paternidade em Instâncias Jurídicas**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932015000401257>. Acesso em 01 jun. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel Apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8º Ed. – Bahia: Editora Juspodivm., 2016. p. 920

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. 10º ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8º ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10º Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9º ed. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de Pão Vive o Homem**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acesso em: 04 jun. 2018

PIOVEZANA, Daiane Maiara. Monografia apresentada na Faculdade Ajes, Faculdade do Vale do Juruena – Bacharelado em Direito. **A Mediação como Instrumento de Resolução de Conflitos na Alienação Parental**. p. 54

ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães *Apud* WARAT, Luis Alberto. **A Mediação e o Amor na Obra de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018

RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. Vol. 6. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Da Indenização por Abandono Afetivo na Mais Recente Jurisprudência Brasileira**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em 09 mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. ed.12º. São Paulo: Editora Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. **O Tratamento do Conflito Familiar pela Mediação.** Disponível em: <
<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13175/2250>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

VALOR ECONÔMICO. **IBGE: Renda do 1% mais rico é 36 vezes a média da metade mais pobre.** Disponível em: < <http://www.valor.com.br/brasil/5444749/ibge-renda-do-1-mais-rico-e-36-vezes-media-da-metade-mais-pobre>>. Acesso em 24 ju. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado.** 3º ed. São Paulo: Atlas, 2013

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Volume 3. 14º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

XAVIER, Paula Alexandra; ALBERTO, Isabel Maria; MENDES, Francisco Emiliano. **Homoparentalidade:** da Abordagem Científica aos Normativos Legais em Portugal. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n1/1807-0310-psoc-27-01-00179.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2018.